POR EL CAPITAN D. FRAN cisco Fernandez de la Higuera.

CON D. ANA MARQVES DE AMARILLA, Y DON Diego Fernandez de la Higuera sus hermanos.

SOBRE QVE SE DECLARE TENER ELECCION el dicho D. Francisco, en la concurrencia de los dos Mayorasgos del ingenio de Xalapa, que á sobreuenido al que possee de las cassas, y posessiones de la Puebla, cuya posession pretende doña Ana, y a contradichola don Francisco. Pidiendo se raten por su grande diminucion los alimentos de los dichos sus hermanos, que se les an de dar de la renta del ingenio, y que se le de tiempo para deliberar sobre la eleccion.

CASSVS.

1 Doña Ana supponiendo que por que don Francisco administraua el ingenio de Xalapa, auia ya acceptadole y dexadole el vinculo de las cassas y posessiones de la Puebla (aque le llamauan sus padres instituidores de los dichos mayorasgos, Francisco Fernandez de la Higuera, y doña Maria Gonzales, viniendo à suceder en el del ingenio don Francisco) pidiò se le diesse à ella posession de las dichas cassas.

PRIMA DVBITATIO.

2 Et præcipuum fundamentum D. Annæ desumitur ex l. 45. Tauri. quæ est hodie l. 8. tt. 7. lib. 5. cõpilat. *Ibi que las cossas que son de mayorasgo muerto el tenedor, luego sin otro acto de aprehencion de posession, se traspase la ciuil, y natural, en el siguiente en grado que segun la disposicion del mayorasgo debiere suceder &c.* & quod cum absque hac posessionis translatione inueniatur administrare bona predicti maioratus del ingenio D. Franciscus, acceptasse, & succecisse videtur in eo, & sic vinculi de la Puebla danda erit posessio prædictæ D. Annæ.

Para que se deniegue la dicha posession es legitimo cõtradictor D. Frãcisco, (aun cassonegado) q̃ doña Ana directamente obiesse sido instituyda y fuessen hereditarias las dichas cassas, quãto mas por estarlas el susodicho poseyendo aun mas auia de quinze años separatim, en vida de sus padres cõ justo titulo, y buena feè, quietamente por donaciõ irrebocable, y halladose en ellas al tiempo de su muerte, y assi siendo posessor legitimo deue ser amparado en la dicha posession, y excluyda la dicha doña Ana. ex his quæ tra-

dit

dit ex l. fin. C. de edicto diui Adriani Tolend. l. 2. l. 3. tt. 14. p. 6. Pallad. li. 2. rerum quot. cap. 5. num. 5. Gomez. ind. l. 45. tauri. num. 128. Palac. num. 26. Suares tt. de las herencias num. 15. & 19.

3 Y no obsta la disposicion de la dicha ley de Toro, por q̃ no habla en este caso, sino con el verdadero indubitable y legitimo successor, determinado, y no impedido para la succession. Desta precissa qualidad como fundaméto de la dicha ley, deue constar antes plenariamente citados los contendores, para su adaptacion l. Diuus Traxanus. l. Titius ff. de testam. milit. & ibi Bart. & alij in l. hæc autem §. non defendi pupillum ff. ex qq. causis inpossessi. eatur glos. in Clem. præsenti de censibus facit l. 1. §. hoc interdictum, & ibi glos. ff. de fonte, & l. fin. ff. de his qui veniam ætat. Paulus de Castro in l. 1. in prio. ff. de constit. pecun. l. si fuerit ff. de rebus dubijs, assi interpretan la dicha ley 45. Palacios, Rubios in ea num. 2. 3. 16. 17. Matien. in l. 8. tt. 7. lib. 5. nouæ compilat. glos. 4. num 1. Ioannes Lupus ibidem num. 2. & 3. Villa diego in sua Polit. forma delibelar, num. 162. fol. 253. y sino es que se verifique primero lo presupuesto no deue aber lugar la disposicion glos. communiter approbata in l. mancipia verb. auocandũ C. de seruis fugitiu. Menoch. de recuper. posess. remed. 9. num. 161. atque ita verum est quod quãdo alicuius jurisdiccio. fundatur super aliqua qualitate prius de ea cõstare debet, quam competat jurisdiccio. cap. 1. de offi. deleg. in sexto cap. cum injure eod. tt. in antiquis notatur in l. siquis ex aliena ff. de judit. in l. 2. ff. siquis in ius vocatus. Gomez in l. 47. tauri num. 2. inf. sed sic est, que don Francisco aun no esta declarado por legitimo successor assi por que sus hermanos an salido: don diego pidiendo el ingenio, y doña Ana las cassas, como por que no a hecho dexacion dellas, ni deliberado sobre la eleccion; luego faltando esta qualidad no se puede dezir que se le tranfirió la posessió concedida por la dicha ley 45. & per consequens cessa su disposicion.

4 Por el preuilegio de la dicha ley se finje, q̃ los bienes del maiorasgo nunca estan sin posseedor, y como ella esta cierta de qual es, aunque el llamado lo ignore, por su ministerio luego que vacca se le tranfiere la posession ciuil, y natural, y no obstante que aya contendores sobre la succession, y mucho tiempo despues de la muerte del tenedor se declare quiẽ es el verdadero successor, en este se dira, aberse tranferido desde ella la dicha posession, y no desde el tiempo de la sentencia, y su declaracion. El fundamento principal de la dicha ley 45. de Toro, fue faborecer a los bienes de los mayorasgos, su conseruacion, y vnion, para que la tengan mexor, y en ningũ caso se puedan disipar ni enagenar, ni pierdan los interdictos, remedios, y vtilidades que de derecho competen, y resultan á los verdaderos poseedores, por falta del. Y assi æquitate & ratione suadente finje la ley, que vbo acto corporeo de aprehenció de posession, y que se le transfirio al successor luego que vacco el mayorasgo, y esto se entiende en el verdadero, y declarado, per rei euidentiam absque alio titulo, prueban este discurso Matienzo ind. l. 7. tt. 8. lib. 5. glos. 4. num. 2. Anton Gomez, ind. l. 45. tauri num. 111. vers. 4. & n. 117. Palaez á Mierez de maioratu quest. 1. num. 9. Molina de primogenijs lib. 3. cap. 12. num. 24. Palac. ind. l. 45. num. 16. facit lx. si fuerit in principio ff. de rebus dubijs relata abeodem vbi siduo contẽdunt propter legatum & libertatem neuter dicitur possidere donec declaretur, vtait ibi glos.

verb.

verb. sed & si. Y aunque don Frãcisco estuuiera declarado (quod non potest fieri eo inuito cui benefitiũ, non cõfertur) no por esso le era prohibido poder renũciar su derecho ex l. siquis in cõscribendo C. de Episcop. & Cleric.

5 De que se infiere, que pendiente el pleyto si don Francisco, o otro de sus contendores corriesse primero, y aprehendiesse la posession del ingenio, non ob hoc posidere sed detentare diceretur, aunque debiera ser amparado asta la declaracion, antes della no se le transfiere la posession de la dicha ley, que procede en el declarado y verdadero successor Palac. R. vbi supra num. 12. 13. y 16. Matien. glos. 2. num. 7.

Luego antes de ser declarado don Francisco por successor verdadero del ingenio, no passo en el la posessiõ concedida por la ley.

6 Siendo en fabor del successor la translacion de esta posession, non debet in eius odium retorqueri. l. quod fabore ff. de legibus, ratio rationis prædictæ est quia lx. non potest facta naturalia vere mutare, sed quoad effectus iuris ciuilis potest super eis fingere, y no contra la voluntad de don Francisco, en perjuicio del derecho que tiene ya acquirido en el vinculo de las cassas de la Puebla; vt ait Matien. in 5. ind. l. 7. tt. 8. glos. 1. num. 14 & glos. 5. num. 2. l. stipulatio de dote ff. de iure dotium l. insulam § vltim ff. solut. matrim. glos. in cap. quia circa depreuileg. cum his quæ congerit Tiraquel. lib. 1 de retract. § 1. glos. 10. num. 68. & in tract. primog. q. 34. num. 18. & 7. & in l. si vnquã num. 64. verb. susceperit liberos, C. de reuoc. donat. Y aunque consista la posession en el hecho, es necessario el animo del acquirente, l. bonæ fidei § incõtrarium ff. de acquir. rei. domin. l. licet cum similibus C. de acquir. poss. l. 3. in pric. l. quem admodum ff. eodem. Y este animo le a de declarar el mesmo ingrediente, vt ait Gomez ind. l. 45. num. 44. Matien. glos. 1. num. 8. & 24. & 25. y que no obsta que la posession por esta ley introduzida, (vt practicatur) se acquiere al ignorante, y furiosso, que no tienen volũtad: por que por esso, si es vtil, es necessario, q̃ la declare el tutor, ò curador, que se entiende ser vna mesma por la auctoridad que le da la ley en la administracion de su persona y bienes.

7 De lo que Matienzo dize en el num. 23. vbi supra se podria hazer contra don Francisco, vn valiente argumento, ibi quia autem absque eius animo, & voluntate ei quæri non potest posessio, erit necessaria animi declaracio ipsius successoris, occupando propria authoritate bona. (Y el se declara) vl si ab alio fuerint occupata proponendo coram judice interdictum recuperandæ posessionis, que apella sobre la yá aprehẽdida legitimamente declarandose el animo ante el juez, donec successor, animum, & voluntatem suam declarauerit; potest siquidem maioratus bona respuere quod raro eueniet, & nolle acquirere, qua inspecie in sequentem ingradu continuabitur. Por la mesma razon dedecidir dada à la dicha ley 45. de Toro, está satisfecho, que habla en el verdadero, y declarado successor; que estandolo como no aya otro titulo ni acto contrario de entrar a posseer los bienes, ò perseuerar en la cassa se induze acceptacion. Y no de solo el hecho con el qual an de concurrir las palabras declaratorias del animo, quod velit esse hæres vtait Maranta in paruis in l. is pot. ff. de acquir. hered. num. 61. & 84. quod in agnitione bonorum non sufficit sola voluntas, sed etiam aditio judicis, & quod agnosca-

tur in judicio alias non censetur agnita.

8 Y siendo el animo conocido solo de Dios, vt in l. 2. ff. de interrogator, action, cum neque actus interiores punitioni subsint. l. cogitationis ff. de pœnis, juraron lo imposible los testigos, por el acto de administracion que haze qualquier mayordomo; diziendo que don Frácisco lo hazia como successor despues, y antes de la muerte de doña Maria su madre, y si en su vida su derecho estaua remoto, y no le acquirio por administrar, es cierto que tampoco continuandolo en su muerte sin declarar su animo, pues como albaçea executor testamentario præter nomen successoris, (cum esse posset vt hæres) poterat in vitis hæredibus, sacar de su poder los bienes, administrarlos, y venderlos en orden, á su tenencia, y para cũplir la volũtád de su Mad. diffunta Spino. de testam. glos. 28. num. 30. & Gregor. in l. 2. glos. 1. tt. 10. p. 6. quod propia authoritate capere possit. Y assi no se puede dezir que se mesclo, o accepto como successor administrando los bienes, y Maranta ind. l. is potest. num. 58. ff. de acquir. heredit. limitá la obieccion; *Ibi prædicta tamẽ declara, & limita procedere quãdo illa detentio, rei hæreditariæ, vt habitatio domus non potest saluari, citra ius, & nomen hæredis*, per regulam l. pro hærede § Papinianus ff. eodem tt. & Corneum adducit asserentem cons. 147. col. 1. vers. 1. vol. procedere in ipsa vxore hærede instituta, à viro quia habitando domum viri, & vtendo eius rebus, pro vt vtebatur in eius vita, non videtur adire, idem ait Maranta supra num. 59. & 60. quando filius post mortem patris, reperiretur possidere fundum, quod possit possidere absque eo, quod sit hæres, non præsumitur adiuisse. Bart. in l. 1. in fin. C. de jure deliberandi facit doctrina Ioseph. de Sese, deciss. 86. num. 4. fol. 124. dicentis, quod si maritus constante matrimonio donasset vxori prædium, & soluto eo morte viri, vxor omniũ liberorum Tutrix, diu possedisset illud; si tale sit cuius dominium, seu posessionem, non liceat in vxorem transferre, tunc mulier administratorio nomine possidere, præsumitur, non propio, Stephan. Gratian. discept. forens. cap. 700. num. 59. ff. 245. tt. 4. animi enim effectus, & faciendi caussa inspicitur, non factum ipsum l. verũ 40. ff. de furtis, l. 3. § quod ait prætor ff. de incend. ruin. & naufr.

9 Y pudiendo quedarse en la cassa de sus padres don Francisco continuãdo la administració antecedéte, no se induze tubiesse animo de posseer, ni acceptar el ingenio como successor; ni la interpretacion torcida al proposito de sus hermanos le perjudica: ni el consentirlo, ni sus padres iure comunionis vl familiaritatis. prueba que tuuiesse animo de succeder tx. est in l. qui iure ff. de acquir. poss. *Ibi non videtur possidere quia nõ eo animo ingressus est, vt possideat, licet corpore in fundo sit.* & ibi Doct. Paulus de Castro num. 22. & cons. 179. lib. 1. Palaez à Mierez de mayoratu 3. p. q. 6. num. 20. & seqq. & 1. p. q. 28. num. 2. q. 33. num. 1. & in l. duo fratres ff. de acquir. hæredit.

10 Y de qualquier manera que se quiera considerar, don Frácisco no entrò de nueuo en el ingenio a administrar luego que murio su madre, de que se pudiera sospechar mouimiento de animo, ò inmixtion; sino que continuò como de antes la administracion para que no se perdiessen los bienes por q̃ no auia otro hijo pressente que los guardasse, y el se hallo, y esta confusso viendo la grande diminució dellos, y este acto non operatur, vltra intentionem agentis l. non omnes, & ibi dds. ff. si certum petatur, y en duda debet interpratari,

co

eo modo gestus, quo non incidatur in pœnam, y tan grande como perder vn mayorasgo, ò acquirirle cargosso, sin deliberarlo primero, l. apud labeonē § si cōmunem ff. de injurijs, l. siquis seruum inf. ff. de seruo corrupto. Bart. post glos. in l. non solum § sed vt probari in 1. col. inf. ff. de oper. noui nūtiat. intelligiturque factus rebus sic sehabentibus, cō el conflicto, y angustia de la muerte de su madre, en que seria dañossa la omission y tardança en tal necessidad de poner cobro, y guarda administrando sus bienes, y estos cassos se exceptuan de las reglas generales, l. de pupillo 5. § siquis riuos ff. de noui oper. nunciat. l. 1. ff. de damno. in fecto, l. siquis filio ex hæredato § hi autem omnes vers. quid tamen ff. de iniusto rupto. Abb. in cap. 2. num. 7. & in cap. fin. num. 8. de sequestrat. poss. & fruct. cap Scias 7. q. 1. Alex. cons. 75. volum. 5. & cons. 71. volum. 3. col. fin. Felin. in cap. cum ordinē col. 3. de rescript. & in l. 1. num. 85. ff. de acquir. poss. ait quod nuda detentatio acquiritur, y no possession, cum quis ad custodiam rei deuenit causa pietatis l. non est mirum ff. de pignoribus, Gomez ind. l. 45. num. 9. & actus hic inductus, ad custodiendum, non debet diuersum (hoc est,) posidēdi finem operare, custos enim non possidet, vt ait Alex. in l. 3. col. 4. ff. de acquir. poss. num. 18. & num. 7. y don Francisco solo con esse intento, y no con el de successor administrò.

11 Con que està satisfecha la replica de que don Franciscó se perjudico perseuerando en la dicha administracion, y aprehendiendo de su auctoridad, la possession, que esto se entenderá en el que expresamente à acceptado el mayorasgo, y esta declarado por successor legitimo; vel quādo tradditio facienda est ex necessitate præcedentis contractus ex Bart. in l. 2. inf. ff. de stupr. seruor. & in l. fistulas § 1. ff. de contrah. empt. y no abiendo precedido acceptacion, ni declaracion ni contrato de don Francisco, ni aun tacitamente por que ni aun se hallò presente á la scriptura de institució del dicho mayorasgo del ingenio, no se puede dezir, que de su authoridad se entregò de los bienes como successor no pudiendolo hazer, ni menos por guardarlos, & actus hic, qui potest diuerso iure censeri debet à faciente declarari, quo animo fecerit, an, vt successor. vt custos, vt executor, vt voccatus, pues todos estos titulos le competian, fuera del de successor, Bartol. in l. prohærede inprio. ff. de acquir. hæredit. & in l. 1. C. de jure deliber.

Luego no perjudica à don Frācisco aber administrado, ora como heredero, como albaçea, como guardador, faltādole animo de hazerlo como successor del ingenio, ni se presume auerle acceptado.

SEGVNDA DVBITATIO QVE DEBIO PROTESTAR DON FRANCISCO.

12 Perseuerando en la cassa de su madre, que no administraua como successor ni lo acceptaba, y que pues no lo hizo se perjudicò; lo primero que la tacita acceptacion que basta, no se induze menos del hecho que de las palabras, ex l. assumptio ff. ad municipal. l. Pantonius § vlt. ff. de acquir. hæred. lx. 11. tt. 6. p. 6. *ibi eaun se puede fazer por fecho, maguer no lo diga, esto seria como si el heredero vsasse de los bienes de la herencia, assi como heredero y successor labrando la heredad, ò arrendandola ò vssando della.*

Lo segūdo ex l. 5. tt. 8. p. 6. *ibi casi la recciuiesse, è non lo protestasse, diziēdo*

que

que le fincasse en salbo la querella, que avia del testamento, nō podria despues quebrantarlo, y Antonio Gomez ind. l. 45. tauri num. 44. que dize es necessaria la protestacion.

14 Aunque en los negocios precedentes, y casos referidos queda probada la justicia de don Francisco, cerca de que no tuuo necescidad de protestar, pues administraua con diferente titulo que el de successor con todo se satisface mas à lo primero, que del hecho se infiere la tacita acceptacion, que esto procede en lo vtil y no perjudicial al acquirente, mientras no consta de acto contrario, ò renunciatorio del propio fabor y derecho, y de qualquier manera venit declarādus animus à faciente, vt probatur supra num. 7. y deue entenderse con el verdadero y ya declarado successor, y en el otro no se presume en perjuicio propio, y lo expressa la dicha ley 11. *Ibi como heredero, ò señor*, luego si lo hizo con otro titulo diuerso, como albaçea, ò guardador no es visto aberla acceptado; supuesto lo qual dize Mierez de maioratu 1. p. q. 36. num. 7. Si primogenitus cedat ius suum secundo genito; cedēdo videtur gerere se prohærede, siuè illa gestio fiat expresse siuè tacite, Paulus in l. actionem C. de pactis, & in l. pactum, quod dotali C. de collat. & Socin. cons. 34. vissa renuntiatione lib. 4, luego viniendo de lata à don Francisco la succesion del ingenio, como à primogenito, y de la herencia como a heredero de su madre en los fructos que dexò del, queda resuelto, que pudo elegir vno de los dos derechos, y que mientras no obiesse declaracion expressa de su animo, no se presume, ni aun tacita acceptaciō de este mayorasgo, pues ninguno á renunciado, y la dicha ley se entiende quando el acto se haze como successor, no pudiendose saluar por otro titulo, que entōces perjudicaria en el ya declarado por tal, vt probatur num. 3. & 4. 8. & seqq.

15 Don Francisco para que pudiesse ser admitido a la succesion del ingenio (caso negado q̄ sin protestarlo obiesse entrado a posseerlo como successor,) primero auia de haber cumplido la condicion de sus instituydores, *Ibi sea obligado a hazer dexacion del mayorasgo de la Puebla*, sin auer cumplidola ni hecho esta dexacion en forma, antes que se declarasse, no podia poseer legitimamente, ni ser admitido, y nimas ni menos, estandole prohiuido por los testadores entrar a poseer sin q̄ primero, pagasse veinte mil pessos a sus hermanos, y jurasse guardar las condiciones de la institucion del dicho mayorasgo, y no auiendo cūplido estas aunque deliberadamente entrasse sin protesta a poseer como successor era ensi el acto nullo, quod sic probatur. volūtas testatoris pro lege habetur & vt lx. seruari debet cap. vltima voluntas 13. q. 2. aut. denuptijs § disponat. collatione 4. l. inconditionibus primum locum ff. de condition. & demostration. sed actus lege prohibente factus est nullus ex l. non dubium C. delegibus ergo similiter prohibente testatore vel cōtra eius voluntatē, nullus erit, & quod tales conditiones á successoribus seruari debeant, & in euentum earum actum posessionis suspendant ait Çastillo ind. l. 45. tauri num. 40. Palac. num. fin. & quod ea perdente nec possidere nec adire valeat, Maranta ind. l. is potest. num. 16. ff. de acq. hæred. l. sed si alio § fin. cum le. sequenti ff. ad Trebel. Bald. in l. post mortē col. fin. C. de fidei commis. & conditio non impleta suspendit posessionis apræhensionē & nulla esset, si fieret, l. 12. tt. 4. p. 6. Parlador lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. p. § 12. num. 39. Cobar. lib. 2. Var. cap. 11. Gomez in l. 64.

tauri

tauri num. 7. y no solo auia de præceder el cumplimiento de las dichas cōdiciones, y dexaciō de las cassas de la Puebla, pero que no le quedasse otro titulo mas que el de successor del ingenio, y su expresa acceptacion despues de declarado por tal, Molina de primogen. 2. p. lib. 4. num. 60. & 62. & seqq. fol. 131.

16 A lo segundo de la ley 5. tt. 8. p. 6. quando se quiera adaptar a las donaciones de los mayorasgos, responde Gregorio Lopes in glos. ver. e non lo protestasse, y con su limitacion confirmatoria de lo referido decide nuestro caso, y le haze indubitable escusando a don Francisco de la protestaciō, *Ibi secus vero, si tanquam executor paterni testamenti*, filius testamentū patris agnoscat, quia grauamen non ideo agnoscere videtur idem explicat ver. casi lo reciniesse citans prose Baldum, & alios, & optime Albarado de coniectur mente Testat. lib. 2. cap. 2 § 1. a num. 63. ad 66. nisi recognitio grauaminis dize fieret per impressionem hoc est per delationem, (que aūque se aya quedado continuando la administraciō del ingenio encasa de su madre por la delacion del, y possession que transfiere la ley) sin que el aya aplicado su consentimiento, y animo declarandole con palabras, ni se le transfiere ni es necessaria protestacion, quia cum hoc potius consistat in pati quam in agere patiens, & sciens non præsumitur consentire, & multo minus renūtiare iuri suo in præiuditialibus l. quipatitur ff. mandati, Alex. cons. 34. num. 8. lib. 7. cons. 184. num. 4. eodem volu. 4. vbi dicit quod in actu partim odiosso, & partim vtili, scientis patientia nō præsumitur Cephal. cons. 153. num. 29. Mazcard. concl. 1553. num. 32. y la renunciacion a de ser expressa, que no se presume en duda, Carrocius. de remed. contra præ iuditialia except. 120. num. 27. 28. & 29.

17 Y prosigue Aluarado, vel aliter quam more solito fiat, que entonces tan poco es necessaria protestacion, hoc est judicis auctoritate, como se acostūbra tomar la posession de los mayorasgos los successores, y aunque no aya bienes hereditarios, inuentariar los que obiere para escusar pleytos, y calumnias con el fin q̃ los a hecho don Francisco, y no como acceptador, sino como executor testamētario, vt ait Matien. in 5. d. l. 8. tt. 7. glos. 1. num. 23. Gregor. ind. l. 5. vbi supra ait quod sibi non præiudicet filius, & si acceptet fidei commissariam, non excluditur a jure quærelandi si est præteritus, neque ex hac acceptatione inducitur, agnitio grauaminis quando filius relinquitur exequutor testamentarius, quia nō videtur acceptare vt sibi quærat, sed vt impleat votum testantis, & possunt simul stare agnoscere testamētum, quoad executionem relictorum, & inpugnare, quoad grauamen. l. si pars § fin. ff. de in officios. testam. *Ibi* vel si alij administrauit. Bartol. in l. 1. inf. C. de iure deliberandi, manumitendo, nō videtur se inmiscere quia potest fieri citra ius, & nomen hæredis hoc est, como executor testamētario administrar, l. gerit. l. prohærede. ff. de acq. hæred. l. si auia C. de iure deliber. y el acto ade ser ezpresso, y claro, y que no se pueda saluar con otro nōbre que el de successor, Marāta ind. l. ispotest. ff. de acq. hæred. num. 43. & 63. & num. 7. ait quod agnitio debet fieri coram iudice, vt in l. fin. C. qui admit. y Villa diego en su Politica forma deliberar num. 160. fol. 258. dize que deue el successor pedir la possesion, y ser confirmado en ella, argu. l. 3. § missam ff. de Carbon. Mier. 3. p. q. 16. num. 1. & 5. y aū q̃ sea menor pedirla

por-

por si, no teniendo curador.

18 A la doctrina de Antonio Gomez, responde el mesmo ind. l. 45. num. 44. hablando del ingrediente, y quando vtraque possessio vaccat, y aqui falta esso; por que gozaba quietamente de la que tenia de las cassas de la Puebla, la qual no le podia quitar, la que la ley le da por la delacion, y su perueniencia del ingenio; que administraua, por titulos diuersos, pudiendo don Frãcisco reuocar dentro de tres años la abstencion, ò inmixtion.

Luego abiendo administrado como executor testamẽtario el ingenio, (cuya seccession le sobreuino,) y no pedidola ante juez, no tuuo necescidad de protesta alguna.

19 Y antes de los actos contrarios a la acquisicion del ingenio, y de no aber deliberado en la delacion del ni dexado el dominio, y posession que tenia de las cassas, y aberla aprehendido de nueuo judicialmẽte despues de la muerte de su madre, y pedido se ponga Administrador en el ingenio, no solo, no se puede presumir inmixtion, ò adicion á el pero abstencion, ò repudiacion, y segun Albarado vbi supra num. 65. ex solo temporis cursu renuntiatio tacitæ potẽtiæ succedendi nõ inducitur l. licet C. de iure deliber. Greg. in l. 18. tt. 6. p. 6. verbo. razon. post Bart. in l. recusare ff. de acquir. hæreditate quöd dicit notandum ad l. 5. tt. 5. lib. 4. recopil. y asi abiendole sus hermanos consentido estar en la dicha administracion, y el callado, sin deliberar, ni declarar lo hazia como successor del, no es visto reuunciarle ni admitirle ex d. l. 18. tt. 6. p. 6. *Ibi non como heredero, mas como estraño, ê como ome que lo quiere aber por otra razon.* Y aunque don Francisco, obiera repudiado, ò abstenidosse expressamente de la succession del ingenio pudiera dentro de tres años reuocar la abstencion, vtait idem Aluarado supra lib. 2. cap. 2. num. 66. ex l. 20. tt. 6. p. 6. *Ibi desechando el hijo, ò el nieto la heredad de su padre, ò de su abuelo, si los bienes della non fuessen enagenados, biẽ los puede despues cobrar, è auer fasta tres años.* interpretãdo à Gregorio en ella que procede, quando substitutus datus non est; cum ergo in maioria, nunquam desit, ea repudiata à successore transit in sequentem ingradu sed à legitimo, & declarato occupatis bonis non poterit pænitere l. filij mater ff. ad Tertulian. y aqui ninguno lo esta, ni ocupados los bienes tampoco, y esta en tiempo de reuocar la abstencion caso que expressamente la vbiera hecho, ò inmixtion en el ingenio como successor.

20 Y aunque todo lo referido faltara don Francisco preuino cõ su buena feè y christiano proceder las malicias de sus hermanos, en consecuciõ deste intento desseando obuiar sus controuersias, y malicias que suelen ser maiores que entre los estraños, l. si pater § dulcissimis ff. de legat. 2. y abiendo muerto la dicha doña Maria su madre fundadora de los dichos mayorasgos, en el dicho ingenio, (que esta en el campo tres leguas de Xalapa, y quarẽta de la Puebla, donde ay letrados,) lo mas presto que pudo consultarlos, y traer á el Alcalde mayor de aquel districto, en vna silla por estar enfermo, (aũque estaua escusado mientras hazia los inuẽtarios de bienes, que por ser maquinossos, y estar en diferentes lugares, no se le deuia imputar, Mora argu. tx. in l. fin. § donec. C. de iure deliber. l. 7. tt. 6. p. 6. Burgos de Paz in l. 3. tauri 1. p. num. 916. concl. 7.) por scrito que presentò ante el dicho Alcalde mayor, (que consta en este processo) protestò quanto se le puede opponer

y de-

y declarò ſu animo, *Ibi y para poder vſſar de la facultad que me pertenece, y deliberar en la opcion que el derecho me concede &c. E venido en no aprehēder la poſeſsion del dicho mayoraſgo, ſino que ſe ponga vn adminiſtrador en el, y ſea el que los dichos mis hermanos nombraren.* Los quales abiēdoſeles notificado, no ſolo no an nombrado; pero le an prouocado con pleytos deſimulados fundamētos en eſta Real Audiēcia. quæ igitur alia amplior pro teſtatio, & animi declaratio requiritur, quam hæc ipſius confitentis, & adminiſtrantis, exqua quot quot fuerint adminiſtrationes iudicantur, vt ait Bart. in l. Pomponius la 2. in 3. oppoſitione ff. de negoc. geſt.

Luego aunque expreſſamente obiera don Frāciſco meſcladole, en la adminiſtracion del ingenio, abiendo proteſtado antes, que no lo hazia como poſeſſor no le queda obiecciō que poner a la parte contraria.

TERTIA DVBITATIO QVE D. FRANCISCO DEue ſucceder en el ingenio, y dexar las caſſas à doña Ana.

21 Fundaſſe en las palabras de la eſcriptura de inſtituciō del dicho mayoraſgo del ingenio, que hizieron en el, á 6. de Mayo de 1606. años Frāciſco Fernandez de la Higuera, y doña Maria Gonzales ſus padres. *Ibi llamamos à don Franciſco Fernandez de la Higuera nueſtro hijo, y à ſus hijos, y decendientes prefiriendo, ſiempre el varon, à la hembra, &c. con tal calidad y condicion, que ſi el dicho don Franciſco viniere à ſucceder en eſte mayoraſgo principal; ſea obligado à hazer dexacion del otro mayoraſgo, que eſta impueſto en ſu cabeça, de las caſſas, y poſeſsiones de la Ciudad de los Angeles; para que ſucceda en eſte mayoraſgo, que aſsi dexare el dicho don Franciſco, doña Ana Marques de Amarilla nueſtra hija.* Et quod debet compelli, ad ſuccedendum quem admodum compelitur hæres, cui fidei commiſſum relinquitur adire, & reſtituere hæreditatem fidei cōmiſſario cui relinquitur vt in l. Marcelus ff. ad Trebel. Que no puede repudiar la ſucceſsion en perjuizio de dona Ana como ni el tutor, la del pupilo, ni el padre la del hijo.

ET PRINCIPALITER SVPPONO PARA SV inteligencia.

22 Que los dichos ſus padres en el principio de la dicha inſtitucion, dixerō *Approuando como ante todas coſſas aprobamos vna eſcriptura de donacion, que tenemos fecha por via de mejora del tercio de nueſtros bienes, en fabor de don Frāciſco Hernandes de la Higuera nueſtro hijo, y de otros llamados deſpues del de ciertas caſſas, y poſeſsiones, que ſon en la Ciudad de los Angeles, &c.* Et relatum, in termino relato contentum continetur in referente Caſtillo controuerſ. 3. t. lib. 3. cap. 15. num. 38. l. ſi ita ſcripſero ff. de conditionibus, & demoſtrat. Bart. in l. 1. ff. de receptatoribus Dec. conſ. 182. num. 3. con la meſma perfeccion, y pureça, que fue irrebocable, y ſin condicion, ni grauamen fecha por los dichos ſus padres la donaciō de mejora en las caſſas á don Franciſco y ſus deſcendientes, es viſto eſtar referida y cōtenida en la ſegūda eſcriptura del ingenio, y aunque obieſſen pueſto clauſiula de poder reuocar las fechas no las donaciones, y demas de que ninguna reuocaron ambas quedarō confirmadas con la muerte de los dichos inſtituidores, ex l. 44. tauri Matien. in 5. l. 8. gloſ. 5. num. 8. Gomez ind l. 45. num. 117. Palaez de maioratu 1. p. q. 28. num. 2. Trintacinq. var. reſol. num. 8. volum. 1. verſ. 2. opinio.

23 Demas de lo qual consta, por las mesmas escrituras presentadas, como en ellas aparte los dichos sus padres mucho antes q̃ instituyessen el mayorasgo del ingenio, abian hecho donaciõ, y mejora inter viuos, (que cupo en el tercio, y quinto de sus bienes,) al dicho don Francisco, y sus descendientes, de las cassas y posessiones, que tenian en la Puebla entregandosela dellas, declarando les quedaban para su alimento, ochocientos mill pessos de hazienda, y llamaron a falta del susodicho, y sus hijos y descendientes à la dicha doña Ana, constituyendosse por vssufructuarios, y despues la dicha doña Maria muerto su marido donò el dicho vssufructo al dicho don Francisco, y se otorgo la escriptura en su presencia ratificando la dicha donaciõ, por caussa onerossa como la que expressó, para sustentar las cargas de su matrimonio, (no obstante que en vida de sus padres la acceptò, y con su consentimiẽto, y despues de fallecidos à posseydo las dichas cassas mas de quinze años,) y se le transfiriò el dominio, y posesion dellas, (que tambien aprehendiò judicialmẽte,) y los susodichos lo abdicaron de si: y en esta conformidad le entregò el escriuano la dicha escriptura, y se hallò en su poder, y la á exibido.

24 Y abiendo quedado como quedò pura, y perfecta la dicha donacion de las cassas, no pudieran ponerle despues grauamenes, ni cõdiciones algunas (aunque en ella no le ay, de que por ningun caso las dexe don Francisco à doña Ana, y sino es por su falta, y de sus decẽdientes, no es llamada) l. perfecta C. de donation. Gregor. in l. 2. tt. 15. p. 2. q. 9. & seqq. l. 44. Tauri. quæ est l. 4. tt. 7. lib. 5. compilat. *Ibi puedalo reuocar à su voluntad, saluo, si el que lo ficiere por contrato entre viuos, obiere entregado la posession de las cossas contenidas en el dicho mayorasgo, â la persona en quien lo ficiere, ò por caussa oncrossa, ò semejante*, lx. 17. Tauri quæ è l. 1. tt. 6. lib. 5. nobæ comp. Aceued. in 5. l. 3. tt. 7. num. 8. Tiraq. in l. si vnquam num. 19. C. de reuocand. donation. Palacz de maioratu 1. p. q. 26. num. 4. quod donationi factæ non potest testator adjicere conditiones, & q. 24. ad l. 45. tauri num. 4. & seqq. quod Principi non licet alterare in præiuditium juris quæsiti, nec spei eius, nec variatio licet, & cum sit actus perfectus, per caussam superueniẽtem nõ reuocatur, & etiam si plures voccati fuerint, (como don Francisco, y sus descendientes lo son) dicitur vna donatio, Baldus in l. 3. in principio ff. de leg. 3. & cons. 381. lib. 4. Peralta in l. cum Pater § a filia num. 32. ff. de leg. 2. Maranta in l. is potest ff. de acquir. hæred. num. 29. Matien. in 5. l. 8. tt. 7. glo. 5. num. 8. ait non posse reuocari donationem maioratus, á fundatore quãdo trãslata fuit posesio in eius vita, como en este caso, Gomez ind. l. 45. num. 117. verb. tertio facit; & quod huiusmodi posesio trãslata fuerit cõstituẽdo se vssufructuarios parentes, & nomine D. Francisci habere domus, & dando licentiã, vt propia authoritate apræhenderet. Castillo ind. l. 45. Tauri num. 4. inf. Palac. *Ibi* num. 23. & num. 26. ait quod posesio hæc ciuilis, & naturalis, è vera (licet tradditio sit ficta) ad acquisitionẽ dominij secund. Bart. in l. ab emptione ff. de pact. Abbas. Innocent. in cap. 2. de consuet. Bald. in l. 1. C. cõmunia delegat Palaez de maioratu 1. p. q. 36. num. 12. ait quod sufficeret filij præsentia ad irrebocabilitatem, y como refiere la dicha scriptura en presencia de don Frãcisco se hizo, y bastaua aberse hallado en su poder, que suppone precissamente abersela entregado sus padres, y el escriuano por su ordẽ, vt in l. 44. Tauri. Angulo in l. 1. tauri glos. 8. nu. 17. Gom.

ind.

ind. l. 45. num. 78. Palaez q. 31. q. 24. num. 4. & melius q. 36. num. 12. asserens sufficere tacitam, acceptationem, y aqui la vbo expressa, y possession de quinze años, & Tiraquel. de iure cõstit. possessorij á num. 23. ad 51. sufficere quamlibet fictam possessionem, ad hoc vt prima donatio reuocari, non possit, & quod in vita parentum possederit separatim, Palaez d. 1. p. q. 33. num. 5. neque necessariam ée insinuationem donationis factæ inter filios ait Aceued. in 5. l. 1. tt. 6. de las mejoras num. 14. quæ est 17. Tauri.

Luego quedando inrrebocable la donacion y mejora fecha á don Francisco, por sus padres de las cassas de la Puebla, y abiendosele transferido el dominio, y possession dellas, no se la pudierõ quitar, ni ponerle cõdiciones, en la escriptura del ingenio que las dexasse á D. Ana succediendo á el.

25 Lo qual supuesto, en la escriptura de institucion del segundo mayorasgo del ingenio, prosiguen sus claussulas los instituidores. *Ibi y a falta de don Andres, y sus descendientes* (qui fuit primogenitus, & absque liberis in vita matris decessit) *llamamos á don Francisco Fernandez de la Higuera nuestro hyo, y á sus hijos y descendientes prefiriendo siempre el varon á la hembra.* Ecce institutionem puram, & donationem perfectã, quæ quidem reiectis posthea inutilibus præiuditialibus, & iuri contrarijs conditionibus, adhibitis, obseruari debet. ex l. siquis ff. de cõditionibus institut. *Ibi siquis sub conditione hæredes instituisset si inuicem cauissent, se legata eo testamẽto relicta reddituros, placet remitti eis conditionem, quia ad fraudem legum respiceret, quæ vetarent, quosdam legata capere*, l. conditiones ff. eodem, *Ibi conditiones, quæ contra edicta imperatorum, aut contra leges, vel quæ legis vicem obtinent, pro non scriptis habentur, ac si conditio, hæreditati seu legato adiecta nõ esset, hæreditas legatum re capitur.* l. 13. tt. 7. p. 6. *Ibi quando el testador rogasse al heredero en poridad, que diesse aquella heredad en que le estableciesse, a algun su hijo, o a otro, que le non podia heredar, por que le era defendido por la ley. Casi el heredero cumpliesse tal ruego, ò mandamiento del testador, è la entregasse al otro perderia por ende el derecho que auia en la heredad.* Y Castillo 4. t. controuers. de coniet. mẽte cap. 4. num. 12. dize que quando ay duda alguna, no se vicia lo fecho por lo que despues sobreniene, Bart. cons. 198. num. 1. licet quælibet adiectio inepta vel alio modo reprobata á jure defacto adjiciatur non vitiat dispositionem sed ipsa adiectio vitiatur vitiataque reijcitur habeturque per inde, ac si eatũ nil testamẽto, additum esset tx. est in l. si impossibilis ff. de hæredib. instit. l. obtinuit ff. de condit. & demostrrat. l. repræhendenda C. de institui. & substit. segun lo qual, y aunque obiera fidei cõmisso, y se le obiera impuesto obligacion de restituir, etiam eaque acquisiturus est, en el ingenio, á de succeder, y sus descendientes, como puramente llamados, y no tienen obligacion de guardar la condicion de dexar á doña Ana las cassas.

26 Que sea contra ley esta condicion, y preferir la hembra, á los varones, y contra la mesma voluntad expressa de los testadores en ambas instituciones y como tal se deua repeler, y no guardar, probatur ex l. 27. Tauri quæ è hodie l. 11. tt. 6. lib. 5. compil. *Ibi mandamos, que quando el padre, ò la madre, mejoraren á alguno de sus hijos, ò descẽdientes legitimos.* (Et notandum è loqui in nostro cassu meliorationis factæ D. Francisco, non in primogenitura maioratus quãm Regiam habens facultatem, poterit fundare in quolibet filiorũ)

ò por

ò por contrato entre vivos, que le pueda poner en grauamen que quisieren, assi de restitucion, como de fidei commisso, y hazer en el dicho tercio los vinculos submissiones, y substituciones, que quisieren, con tanto que los hagan entre sus descendiẽtes legitimos, y àfalta dellos que lo puedan hazer entre sus ascendientes, y afalta de los susodichos, puedan hazer las dichas submissiones, entre sus pariẽtes, y afalta de parientes entre estraños, y que de otra manera no puedan poner grauamẽ alguno ni condicion. Luego teniendo como tiene don Francisco descendientes legitimos, hijo, y nieto llamados por los mesmos instituidores en primero lugar à los dichos mayorasgos, no pudieron llamar á la dicha doña Ana, y su llamamiento es nullo, & per consequens D, Frãcisco, no deue guardar la cõdicion de dexarle las cassas, quia prohibito principali prohibitum censetur omne per quod peruenitur ad illud l. Oratio ff. de sponsal. l. quod dictum 32. ff. de pactis l. ad remmobilem 56. l. adlegatum 62. ff. de procurator, & quod vna via prohibetur alia nõ debet admitti cap. tuæ de procurator, cap. cum quid de reg. iur. l. fin. C. si mancip. ita veneant, vt prostit, y doña Ana no puede ser admitida â la dicha mejora.

27 Que el instituidor tenga obligacion de guardar la forma dada por la dicha ley 27. de Toro, y que el acto en contra della es nullo, tenet Gutierres practic. lib. 3. q. 51. num. 4. Tellus Fern. ind. l. 27. taur. num. 4. Ayora de partition. 2. p. q. 42. per totã Palaez de maioratu 1. p. q. 71. num. 5. Aceue. in l. 11. tt. 6. lib. 5. nouæ cõpil. num. 35. Molina de primogenijs lib. 2. cap. 11. num. 11. & 13. ex l. si quando C. de in officios testam. plura adducit fundamenta, & licet ipse num. 14. dubius existat, nihilominus tamen hic cæssat eius dubitationis caussa cum Rex in facultate quã concessit institutoribus legem hanc 27. non reuocarit, licet generaliter id fecerit, in legibus prohibentibus maioratus institui in præiuditium aliorum filiorum, & si ingenerali concessione, non veniunt, ea quæ alias verisimiliter non esset quis concessurus vt in cap. cũ ingenerali de officio viccarij nõ includetur l. 27. in generali legum correctione, quæ quidem à fortiori vitari debet exc. cum expediat de electione cum sit in præiuditium descendentium, & proximiorum. Y aunq̃ Castillo controuers. 1. p. lib. 4. cap. 36. num, 22. & seqq. ait quod institutor tenetur seruare predictæ legis formam, in voccationibus substitutionum, â los argumẽtos contrarios, que propone se satisfaze con que entodo rigor de derecho, basta para la nullidad del acto, que la ley lo prohiba dando la forma con que se à de hazer, l. non dubium C. de legibus, *Ibi nullum pactum nullam conuentionem, nullum contractum, inter eos volumus subsecutur, qui cõtrahunt, lege contrahere prohibente, & ibi, vt ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta non solum inutilia, sed pro infectis, etiam habeantur, sed & si quod fuerit subsecutum ex eo, illudque cassum atque inutile fore censemus.*

28 Y si se dá facultad en la ley 45. de Toro, y otras que traen los Tauristas, para transferir la posession ciuil y natural, fingiendo la aprehencion corporal en el succeslor, (y si nos oppone por argumẽto,) forçossamẽte se á de cõceder tenerla, siendo vno mesmo el legislador, ind. l. 27. Tauri para anullar con su precepto y prohibicion general el llamamiento de doña Ana, siendo hembra y transuersal, no pudiendo ser preferida à los descendientes que oy tiene don Frãcisco, llamados en primero lugar, por los instituydores, y este acto dellos debet intelligi secundum prædictam legis formam, & eo modo quo

quo valet reiecta predicta conditione secundum DDs. in l. 1. § siquis ita ff. de verbor. obligation Castillo t. 4. de coniectur. mente cap. 30. num. 1. & 10. & quo minus successorẽ grauare posit ex l. nummis ff. delegat. 3. Moli. deprimog. lib. 3. cap. 5. num. 51. ait quod primo loco positus, & eius filius, plus diligitur quam substitutus, & aliud non esse verisimile Cobar. practic. cap. 30. num. 11. & 13. conque queda satisfecha la obieccion de la ley 12. 13. y 14. tt. 4. p. 6. donde se excluye de la succesion de la herencia, el que no cũpliere la condicion potestatiua, debaxo de la qual fue instituydo, y Greg. ind. l. 12. vers. *Non empecẽ al hijo*, pone la differẽcia entre la casual, y mixta que no preiudican á la institucion pura, pero la potestatiua no se le puede poner al hijo en lo que toca á su legitima, y reduciendolo á nuestro caso los padres de don Francisco, en rigor no le pusieron grauamen, ni condicion al derecho acquirido en las cassas, sino al que auia de acquirir en la succesion del ingenio, en el qual tambien tenia quando no su legitima, sus alimentos en esse lugar, que eran los tres mill pessos de renta que se dieron á cada vno de sus hermanos, que estos no á receuido, ni se los quito la licencia Real, aunque la dio para minorar la parte de cada heredero; sino antes los mandó expressamẽte pagar, y en esta parte no se le pudo poner à don Francisco grauamen ni condicion por lo menos ex d. lect. par. & ex l. quoniã inprioribus C. de in offici. testam. & cap. licet vniuersis de voto. & cõcordantibus præterquam quod ex alio capite reiecta fuit prædicta conditio, cũ fuerit contra legem facta nominatio D. Annæ. para las cassas de la Puebla.

Luego siendo nulla la dicha cõdicion de dexar las cassas á D. Ana, no la deuio guardar D. Francisco, antes puramẽte quedò llamado al ingenio, y sino quiere no deue succeder.

29 Y que no deue ser cõpelido á ello, como el heredero, cui fidei cõmissum relinquitur y el Tutor, y el Padre, quãdo hæres institutus est pupillus, se prueua conque en nuestro caso milita diferente razon, porque estas son donaciones solamente, y á don Frãcisco no se le dexo fidei commisso alguno ni obligacion de restitucion á doña Ana en la institucion del vinculo, y mejora de las cassas (y aunque lo fuera no debio obedecerla ni cumplirla exd. supra num. 25. & ind. l. 13. tt. 7. p. 6.) ni tampoco lo es llamarle al ingenio con condicion, de que fuesse obligado adexarselas, pues quando el no la cumpliesse, ni se le podian quitar como esta probado bastantemente, num. 22. & seqq. ni doña Ana entraua á succeder el ingenio, pues son primeramẽte llamados los descendientes de don Francisco, y otra cossa es el heredero cui fidei commissum relinquitur sub grauamine expresso (non alterius rei, quam possidet amittẽdi) cum principaliter in vna eademq hæreditate instituatur vt media persona, non, sui sed cõtemplatione fidei cõmissarij cui (deducta quarta) restituere debet, atque cũ ei solum hæc debeatur & hæreditas pertineat ad fidei commissarium, inde est quod posit ad adeundum compelli, & restituendum quod suum non est, & illi præiudicare non posit, & idem videtur dicẽdum in patre vel tutore, quorum cum offitium sit vtilitati pupilli prospicere, incommoda re non posint repudiando hæreditatem ei delatam eiusque contemplatione, & non Patris, nec Tutoris, y quando se quiera dezir, que en este caso attendieron los Padres á la de doña Ana; se responde que al ingenio la llamaron á falta de los descendientes de don Francisco, y

aun-

aunque el pueda no succeder, y renunciar su derecho, no podra quitarles á ellos el suyo, vt explicat Maranta ind. l. is potest ff. de acquir. hæredit. nu. 302. cum seqq. facit lx. 13. tt. *6.* p. *6.* *Ibi si entendieren que les es prouechossa*, ergo si inteligerent damnossam esse hæreditatem repudiare possent, & eam præiudicare non valeant, vtilem adire debent, non sui, sed pupilli nomine vt Maranta ait vbi supra por que la herencia no es del padre, ni del tutor, si-no del pupillo, el qual como por si no pueda, tiene nesscesidad de la auctori-dad dellos, vt patet exd. l. 13.

30 Ni obsta dezir, que es precissa la obligacion de ascender al ingenio don Francisco, y dexar las cassas à doña Ana, por que si obiera de estar en su vo-luntad seria hazerle dueño de admitirla, ò excluyrla succediédo, ò no al in-genio por que esta donacion es fecha à don Francisco, y sus descendientes, que no se puede negar; y asi la acceptacion, ò adicion es acto voluntario, vt probatum è num. 7. & benefitium non confertur in inuitum, y à este pro-posito es elegante la doctrina de Tello Fernandez ind. l. 27. tauri num. 8. *9.* & 10. fol. 213. col. 2. puso pena el testador de que pasasse el mayorasgo al se-gundo en grado, si el successor enagenase los bienes, & ait, hæc dispositio penderet, á voluntate cuius vis posessoris qnia facile esset dare cui voluisset succesionem, alienando vel non, y responde que asi lo dispuso el testador y asi se à de guardar, pues no es contra ley (como el cumplimiento de la dicha condicion) y deuen entenderse condicionalmente como suenan las palabras, *Ibi que si el dicho don Frãcisco viniere a succeder en este mayorasgo; hoc est no solo por que falte dõ Andres como era necessario, sino por que quiera accep-tarlo, y succeder con effecto el dicho don Francisco*, Is enim qui potest acquirere repudiare potest vt ind. l. is potest ff. de acquir. hæred. hoc intelligitur ad sui vtilitatem, Maranta ibidem num. 16. y 17. hisce versibus explicat.

Cui licet extincti delata capescere jura
Respuere hic eadem lege jubente potest.

& glos. in l. in suis ff. de legit. hæredi. verbũ illud ipso jure hæres efficitur accipit, si vellit, acquirentis totum voluntati relinquens.

31 Y en tanta manera consiste en la voluntad este acto, que no solo el libre no puede ser compelido: pero ni aun el esclabo, el qual no queriédo accep-tar, ò haziendolo admite, ò excluye al substituto, y quita la herencia a su se-ñor, ex l. qui in aliena § celsus ff. de acquir. hæred. & l. cum proponas C. de hæredibus instit. *Ibi potuit enim quamuis jubente domino nolle adire, ita demũ substitutus voccaretur. Si tamen paruerit domino, & adierit substitutioni locus nõ est*, Bald. ibi num. 2. quod ipse requirit. hæredit. domino suo, si eo ju-bente adire vult. si autem non vult, hæreditatem dominus non acquirit, & num. 5. notat, quod verba substitutionis scilicet, si hæres eris vel non eris, intelliguntur vel alium hæredé non feceris, vt in l. si pater ff. de hæred. instit. & in fi. inst. de vulgari. hoc est acceptando, ô repudiando, q̃ vsando deste preuilegio, que le da el derecho, haze heredero al hijo excluyédo al substi-tuto. vt in l. non solũ § 1. C. de bonis quæliber. & ibi Bart. Trintacinq. var. resol. 1. num. 4. & 17. § in 2. cassu, & § secund. è opinio destat. quod si pa-ter hæreditatem non adierit nepos adire potest vel neptis, excludendo pa-truos, & amitas.

Luego don Frãcisco no puede ser compelido á succeder en

el

el ingenio, aunque doña Ana quede exclussa de las cassas.

32 Si esta condicion se obiesse de guardar por don Francisco, vendria à seguirse contrariedad, y repugnancia en la volũtad de los instituidores, y esta se à de euitar, y quedar (reiecta conditione) puras las donaciones fechas á don Francisco, y sus descendientes, Gomez variar. t. 1. cap. 3. num. 15. de substit. vulg. ne videatur contrarij sibi extitisse institutores quorum volũtas interpretari debet secundum subiectam materiã, & regulas juris primo nominatum, & eius filios plus diligere testatorem quam secundo nominatum, & si instituerit agnatos iligr. si primo nominatus liberos non habet quia isti patruo preferuntur Cobar. pract. cap. 38. num. 11. 12. y 13. & probabo num. 37. pues de qualquiermanera doña Ana tiene receuidos mas de 80 mill pessos que excede à la cota que por razon de alimentos se le debia, y en estos no se le preiudica, y trata de maiori lucro captando, y don Frãcisco de damno vitando, & iure sibi quæsito conseruando, y miradas biẽ ambas escrituras de la institucion de los dos mayorasgos en ellas llamañ puramente à ellos à don Francisco, y sus descendientes en primero lugar, y á su falta à doña Ana prefiriendo siempre el varon à la hembra, y seria contradezirse, preferirla à todos despues, siendo tambien contra la dicha ley 27. de Toro, y otras reglas de derecho, segũ las quales, y no eñ otra manera sin especial correccion, es visto aberseles concedido la licencia Real, para instituir libremente, en vno de sus hijos el dicho mayorasgo: pero guardando en las substituciones la forma de la dicha ley, Molina de primog. lib. 1. cap. 14. num. 19. Bald. in l. 1. post principium ff. de constit. Princip. vbi Ias. nu. 1. & 3. Dec. in cap. super eo num. 2. de offic. deleg. & sic Molina supra num. fin. ait quod verba quæ indictis facultatibus sonant succesionẽ directam, se entienden, scilicet per fidei commissum nejus commune lædatur, y aqui ni aun esse vbo l. ex facto 1. responso ff. ad Trebel. legumque, & testantium voluntatis corectio vitari debet, ita, vt extensio non fiat, secundum communem, in aut quas C. de sacros. Eccles. l. si constante ff. solut. matrim. late Bernard. Dias reg. 178. & sic verba institutorum maioratuum debet intelligi secundum ius l. hæredes mei § cum ita ff. ad Trebel. vbi Bart. & Alex. qq. plura cumulat Dec. cons. 397. num. 6. ad fin. & potius voluntas attenditur, quam verba l. pater seuerianam ff. de condit. & demostrat. en lo que es cõforme à la ley 27. y las demas argumẽto legis nemo potest ff. de leg. 1.

33 A que se llega, que doña Ana en ninguna manera esta directamente sino condicional, y obliquamente llamada. *Ibi para que succeda en este mayorasgo que assi dexare el dicho don Francisco, doña Ana*, y precisamẽte requiere su hecho, y ministerio, quod à mæra eius volũtate dependet, Molina supra num. 3. Bald. in l. fin. C. de sacros. Eccles. Tiraquel. in l. si vnquam C. de reuoc. donat. num. 5. vers. reuertatur: y no à llegado el caso por que se suspende, vsque dum deficiant descendentes, & cõditio ad impleatur, vt ind. l. 12. tt. 4. p. 6. y la verdadera interprætaciõ de las palabras, y lo mas verisimil para euitar su contradicion es, que quisieron que faltando todos los descendientes de don Francisco (como lo expresaron en ambas escripturas llamandolos puramente) ordine d. l. 27. tauri succediesse doña Ana, y pareciendoles, que no teniendo hijos don Francisco, quedaria mejor remediado cõ la renta mas opulenta, y rica de quarenta mill pessos al año, que entonces

rentaua el ingenio, y que el lo aceptaria, y se conseruaria la riqueza, le pusieron la condicion de que dexasse las casas á doña Ana, atendiendo en primero lugar à la vtilidad de don Francisco, que á la suya, pero faltando como falta esta razon, faltar deue la disposicion, l. adigere § quamuis ff. de jure patronat. l. Pactuleyus fin. ff. de hæred. instit. lo vno por que don Francisco, tiene descendientes, hijo y nieto, que an de preferir á doña Ana, y es mas verisimil los amaron mas que à la sussodicha sus abuelos, pues los nombraron primero, & quia amor plus descendit, quam ascendit, & affectio ita cadit in ne potibus sicut in filijs glos. in l. isti quidem ff. quod metus caussa Matien. in 5. in l. 2. tt. 6. glos. fin. num. fin. y la diminucion del ingenio es muy grande, y notoria, pues oy renta siete mil pessos para el successor, y sus hermanos, y assi se à de entēder la ley cum Auus 101. ff. decōdit. & demost. l. si vnquam C. de reuoc. donation. l. cum accutissimi C. de fidei comimss. l. 10. tt. 4. p. 6. y sus semejantes, que traen los DD. en ellas, alias se contrauendria á la mente expressada de la vnion, y conseruaciō de los bienes, cō cuya diuisiō se dissipa, y pierde (como dixerō los instituydores) su memoria.

Luego teniendo descendientes don Francisco no á llegado el caso en q̄ es llamada doña Ana, para ningun mayorasgo, y assi se an de entēder las palabras de los instituydores euitando su contradicion.

QVARTA DVBITATIO, QVE D. FRANCISCO NO puede tener ambos mayorasgos, por que esta excluso, y su linea, y assi D. Ana à de succeder en el que dexare.

34 Forsitan fundatur in decis. tx. in cap. de multa de præbendis dōde se prohibe tener dos beneficios, y en el cap. litteras de concessione præbēdæ, en que se compelliò dexar el primero que tenia el Beneficiado, por la superueniencia del segundo, y que assi se deue hazer con don Francisco en este caso valiēdosse de las palabras de la instituciō, *Ibi sea abligado à dexar el otro, &c.* A lo qual se responde, que el Beneficiado contrae matrimonio spiritual con su Iglesia, & de eo ad carnale valet argumentum, vt in cap. sicut vir. 7. q. 1. & inde est quod debeat, esse vnica, vnici sponsa vt in cap. debitum debigamis, y que no pueda tener dos, & ob publicam vtilitatē, & spiritualem administrationem in sua quilibet Ecclesia tenetur residere, vt dds. tradunt, in titulo decler. non residentibus, y por que en el dicho cap. litteras, auia tomado posession el Beneficiado del segundo Beneficio, y no queria dexar el primero siendo incompatible, y prohibido, y contra la publica vtilidad, le mandò compeller à dexarle el Pontifice; de que en fauor de dō Francisco, se puede inferir, q̄ aunq̄ obiesse acceptado, y poseydo el mayorasgo del ingenio (y estuuiesse prohibido) era necessario q̄ hiziesse dexacion del de la Puebla primero, y sin hazerla ni elegir no ay fundamēto para ello, y en este caso corre diferente razon, por que no solo no se prohibe tener dos mayorasgos; sino que expressa, y puramente es llamado á ellos don Francisco, por los instituydores, y conforme á su voluntad, y á la vtilidad publica la vnion de sus bienes en vn successor.

35 Y dize Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. num. 26. & 28 que quando concurren dos mayorasgos en vna persona, puede tenerlos trayendo las armas de entrambos, aun hablando en los que estan instituydos por diferētes

insti-

cassas, juntandosse ambos mayorasgo y mejora, q̃ son ocho mill pessos poco mas ò menos, vendran à rentar los dos quentos, al respecto de España (y ninguno deporsi los vale) y al de aca viene à ser la tercia parte de lo que era necessario, rẽtasse el vno; luego aun en el caso de matrimonio, no le obstaua à don Francisco la dicha prohibiciõ, & per cõsequens, cõ mayor razon podra obtener los dichos mayorasgos, no siendo el vno de su muger, ni abiendose juntado por cassamiento, sino por delacion, y llamamiento puro de sus Padres, que expressaron era su volũtad estuuiessen vnidos sus bienes por q̃ de diuidirsse nacia su disipacion, y diminuciõ, y oluido de sus memorias.

Y en todo rigor quando expressamente, se obiera prohibido, à don Francisco, que no tuuiesse dos mayorasgos era contrariedad, y assi se auia de repeler, por que sino se le podia quitar, la retencion del vinculo y mejora de las cassas, para que doña Ana succediesse en ellas, era forçosso que el obiesse succedido, en el ingenio; y no llamandola à el, sino despues de los descendientes de D. Francisco, y de sus hermanos, D. Diego, y D. Bernabe, en qualquier caso la an de preferir, y no puede tener effecto, ait Castillo cõtroner. lib. 3. t. 3. cap. 15. num. 12. y 17. refiriendo otro enque por los nietos fuerõ excluydos los tios, aun abiendo prohibicion expressa de diferentes instituidores, & illa verba, si acaeciere (que es lo mesmo que dezir) si viniere a succeder don Francisco en el mayorasgo principal. *Tunc intelligit vt videatur prohibere, ne maioratũ suum acquirat is, qui in maioratu principali iã successisset.* (pero aun no à succedido à el ni acceptadole don Francisco) *non vero, vt vetet maioratum eundem, tempore auili delatum, & acquisitum retinere*, ex tx. celebri, in l. fi. ff. vnde liberi, I*bi nihil obesse ei quo minus, id quod acquisiuit, retineat*, y aun esso solo se podria adaptar à los Beneficios, por su incompatibilidad, donde el que acquiere, y posee el segundo Beneficio deue dexar el primero, vt ind. cap. litteras de cõcess. præb. pero no le quita, antes el segũdo en q̃ tenia derecho acquirido C. si tibi absenti de præbẽd. y aũ quãdo no pudiera acquirir ni pedir las cassas abiẽdo succedido antes legitimamẽte en ellas puede retenerlas, cõ el ingenio, quamuis ex post facto eius successio principalis delata fuerit, vt ait idẽ Casti. supra nu. 5. 8. 11. y 37. Dec. cõs. 257. col. fi. & cons. 298. num. 4. cons. 300. col. pen. num. 10. Socin. Iun. cons. 1. num. 20. & d. Cast. num. 16. refert verba Mierez de maioratu p. 2. q. 6. num. 48. col. 2. *Ibi quod si Testator exclussit à maioratu filium primogenitum habentem alium maioratum, & voccauit secundo genitum, si maioratus perueniat ad secundo genitum, mortuo vltimo possessore, & posthea frater maior defunctus sit absque liberis, ob quod maioratus perueniat ad secundo genitum tenentem alium maioratum non excluditur à tali maioratu quia considerari debet, tempus prioris successionis*. y aunque añade, sino es que cõste de la voluntad expressa del Testador, esto se entiende si el mayorasgo que el secundo genito tenia era de otro instituidor, que entonces podia prohibirlo, por que no se perdiesse la memoria de su nombre, mesclando su mayorasgo con el ageno, que disponia llamarse del suyo: pero aqui todo cessa, y no tiene duda siendo de vn mesmo dueño y calidad, y alli habla de los primogenios diuersos que cõcurren, y no de nuestro caso, dõde ay solo vno en el ingenio por que la otra donacion no fue por via de primogenitura en don Francisco, sino por via de mejora de tercio y quinto, asignandole à essa quẽta primero las cassas, y assi

en esta no pudo el Padre exceder de la forma dada en la dicha ley 27. de Toro, que habla en ella y no en los primogenios de diuersos dueños, y en quãto se cõforma con la dicha ley deue ser obedecido, prifiriendo los descendiẽtes pero no en otra manera, vt probatur num. 22. & in l. quæstionem inf. C. de fidei commissus, *Ibi* iustis dispositionibus testatorum, & in l. omne verbum C. communia delegat. *Ibi nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus*, quitando la variedad que resulta de las palabras del Testador reduciendola, à lo dispuesto por derecho, y obseruancia de la forma de la ley, excluyendo qualquier entendimiento prauo, y absurdo contra ella, elegans tx. ad hoc in l. cum Patrem C. de conditionibus insertis, *Ibi cum absurdum sit ideo perpetui edicti negligi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur*. Y asi in l. cum accutissimi C. de fidei commis. *Ibi ne videatur testator alienas succesiones propijs anteponere*: auiendo grauado á sus descendientes, que restituiessen la herécia, intelligit si sine liberis decesserint, & Gregor. Lopez in l. 2. tt. 15. p. 2. q. 4. ait quod si reperiuntur duæ maioriæ eodẽ tempore factæ, & de eiusdem bonis vna in filium maiorem, alia in filium secundum, præfertur filius maior, & q. 7. quod relicta maioria duobus fratribus deficiente vno alteri acrescit, & non cæteris filijs, & nepos præfertur Auunculæ, Francisco Fernandez, y D. Maria, mejorarõ primero à D. Frãcisco, en las cassas; despues donarõ (haziendo mayorasgo) el ingenio, á D. Andres, y fallecido el, no á D. Ana hija del fundador, sino al dicho don Francisco, y sus descendientes se le á de agregar prefiriendola como llamados en primero lugar puramente reiectas las condiciones contrarias, á la vniõ desseada de sus bienes, y Castillo d. lib. 3. controuers. cap. 15. num. 5. & 8. da la razon, quia quæ iam facta, & absoluta, atque consumata fuere, certe, non debet, ex superueniẽti quopiam cassu reuocari, l. si Gaudentius C. de cõtrah. empt. l. si vt proponis C. de cõfirm. Tut. Palaez á Mierez de maioratu 2. p. q. 6. num. 37. & 38. Molin. de primog. lib. 3. cap. 10. num. 3. Burg. de Paz cons. 26. num. 36. dicens, quod quando ius est iam quæsitum ex aliqua dispositione, etiam si cæsset dispositionis caussa, non tamen subuertitur dispositio, & dificillius excluditur quis, à iure iam quæsito, quam â jure quærendo l. per retentionem C. de vssufr. l. seruus C. de pactis, & ibi Bald. l. filius familias ff. solut matrim. cum multis quæ congerit Tiraquel. in tract. de jure primog. q. 55. num. 13.

Luego si don Francisco puede tener dos mayorasgos, mejor el que á sobreuenido del ingenio à la mejora de las cassas.

Ni obsta dezir, que fue el intento de los Padres excluir à don Francisco, y su linea de tenerlos juntos, y lo inferẽ, de aquellas palabras *Ibi si viniere à suceeder en el ingenio sea obligado à dexar las cassas à doña Ana.* quia vt probatum est num. 29. no le pueden compeler à ello, ni á que cumpla la vna, ni la otra condicion, y su defecto solo obraria, para opponerle á la succesion del ingenio, arg. l. cum ita legatum 62. ff. de cõdit. & demostrat. pero no al derecho acquirido en la mejora señalada en las cassas, y en qualquier falta proueyeron de remedio los instituidores, llamando puramente, y primero á sus descendientes à ambos mayorasgos, anteponiendolos á doña Ana, y asi no queda su linea exclussa, & vt inclussa videatur sufficit voccari Patrem per potentiam succedendi, aunque no succeda ex l. Regia 5. lib. 5. tt. 7. y quando otra cossa determinasse el instituidor sea de entender segun lo dicho in præ-

cedenti

inſtituydores por que eſſa es la intencion de cada vno, y que ſe conſerue la memoria de ſu nombre. reipublicæ enim interſt ciues eſſe locupletes maioratus conſeruari, & augeri como ſeria agregandoſſe la mejora al ingenio, y de otra manera ſe diſsiparian diuidiendoſſe, Matien. in l. 7. tt. 7. lib. 5. glo. 3. y con mas razon, ſiendo ambos mayoraſgos hechos de vnos bienes, y en ellos vna la condicion, de llamarſe de la Higuera, y traer ſus armas, y que mejor que en las hembras en los varones, y en vn ſucceſſor ſe conſeruan las memorias de los inſtituidores facit lx. 1. ff. de ſenatorib⁹, *Ibi quia maior dignitas eſt in ſexu virili*, l. in multis ff. de ſtat. hominum, *Ibi deterior eſt conditio fœminarum quam maſculorum*, Que abiendo ſido la boluntad de los inſtituidores conſeruar ſus bienes en la agnacion eſtan excluſſas las hembras totalmente de ſucceder, & in caſsibus indiſpoſitione non expræſſis quia fœminæ ſucceſsio agnationis conſeruationi repugnat cum ipſa ſit finis agnationis l. pronuntiatio § familiæ ff. de verbor. ſign. l. quicumque C. de remilit. lib. 10. facit illud *Euripidis. mulier ægreſſa paternis ædibus non amplius eſt parentum ſed coniugis. maſculum vero genus perpetuo manet in ædibus. filij maſculi coluna ſunt familiarum.* ait Molin. lib. 3. cap. 5. num. 2. & 5. d. cap. 14. num. 36. & 37. quod antiquiorem, & excelentiorem maioratum, recentiori, & minoris qualitatis præferre debeat, Albarado de coniectur mente, lib. 2. cap. 2. § 1. num. 19. 39. & 40. que no es incompatible quando ſobreuiene el otro, & vtrumque poſſe retinere ait Gregor. in l. 3. tt. 26. p. 1. vel quando perſona ex illis duobus congruam ſuſtentationē habere non poteſt, como ſuccede, pues lo que rentaba quarenta mill, renta ſiete, y ambas rētas de ingenio, y caſſas, ſon neceſſarias, y no igualā à lo q̄ al ſucceſſor ſe aſignò.

No ſolo no es contraria, pero confirma nueſtro intento la ley 7. lib. 5. tt. 7. nobæ compilat. en quanto prohibe, que por via de caſamiēto, no pueda el hijo mayor tener dos mayoraſgos de diuerſos, y grandes linages; luego podra tenerlos, por otra qualquier cauſſa, y don Frācíſco, acquirir el ingenio que ſobreuino al otro vinculo que poſeya, ſiendo de vn meſmo linage hazienda e Inſtituidor, quia exceptio firmat regulam in contrarium, arg. legis cum Prætor ff. de judic. Rebuſus de Regia nominat. in praxi. fol. 546. cap. nonne de præſumpt. Y caſo negado, que don Franciſco eſtuuieſſe cōprehendido por via de caſamiento en la dicha prohibicion, no paſſaria à D. Ana el ſegundo mayoraſgo, no teniendo el deſcendientes, ſino à los otros hijos del fundador, dō Diego, y don Bernaue primero nombrados, y llamados, que las hijas, y à ſu falta, à la dicha doña Ana, conformandoſſe con la dicha ley 27. de Toro cuya correccion ſe à de euitar, y es ſin duda que la dicha ley 7. para llamar al ſegundo genito, al vn mayoraſgo; ſuppuſſo (y aſsi ſe deue entender) que el primogenito en quien ſe juntaſſen por caſſamiēto los dichos mayoraſgos, aun no tenia hijos, vt patet *Ibi mandamos, que en los matrimonios, que haſta aora no eſtan cōtraydos, cada y quando, que por via de caſſamiento ſe vinieren à juntar dos caſſas, &c.* reſpiciendo tempus nō matrimonij, contracti ſed cōtrahendi, quo non dum filij procreati fuerant, y por eſſo ſin tener intencion de perjudicarles, diſpuſſo, que paſaſſe al ſegūdo genito el vn mayoraſgo, cū ne potes Patruo præferri debeāt, ex dictis n. 33. 36. & 37.

De que ſe infiere que quando concurren dos preceptos contrarios de los inſtituidores, conque no puede cumplir el primogenito, como que cada vno

man-

mandasse que truxesse sus armas, y nõbre solas sin mixtura de otras (siendo como es este mandato justissimo, introducido para la conseruacion de las familias, que se confunden, y oluidan con la inmixtion de muchos nõbres) cum non possit vtrumque præceptum ad implere, carebit vno maioratu, & ad sequentem ingradu transibit, vt refert Molin. supra d. cap. 14. num. 26. ex doctrina Baldi. in l. fin. C. de edict. di. Adri. Tol. y queda firme la regla en don Francisco, para tenerlos, pues puede cumplir cõ la voluntad, y precepto de ambas escripturas de la mejora y mayorasgo, que fue de que se llamasse de la Higuera, y cessa la incompatibilidad, vt ait idem Molin. supra num. 28. & 29. & lib. 3. cap. 2. num. 1. & seqq. vt dixi num. 34. que se conseruan en el varon, como en cabeça de la familia, mexor que en las hembras las memorias de los instituidores.

Y la dicha ley 7. solo habla de los primogenios, y mayorasgos de los grandes, y señores fechos con licencia Real, que concurren vno del varon, y otro de la muger, y por via de cassamiento se juntan, ait Matien. in eadem leg. glos. 5. num. 1. *Ibi admitti secundo genitum contra leges maioratus, quoties duo concurrunt, alter viri, & alter vxoris,* y no se extiende à los demas casos diuersos como el nuestro, enque la succession del ingenio, que se fundò con licencia Real, sobreuino á la possessiõ de las cassas acquirida por via de mejora de tercio, y quinto, conforme á las leyes Reales, y en esta habla la ley 27. de Toro, y no en los primogenios, y assi se deue guardar su forma prefiriendo los varones, à las hembras, & quotidie extra matrimonium, succedit vna persona pluribus maioratibus ducatus comitatus &c. Y assi se acostumbra, y si se dixere, que tambien en este caso ay diminucion de la memoria, y nombre de los instituidores, y se deue entender la ley; se respõde, que quando la obiesse es forçossa, è incuitable por la falta de los llamados, y estotra es afectada per iudicial, y procurada por los que tratan de casarse, y que especialmente lo prohibe la ley, para obiarlo en caso de matrimonio, como tambien las donaciones excesibas de dotes, y xoyas de los espossos, in l. 1. & 2. lib. 5. tt. 2. lo qual se expressa en la dicha ley 7. *Ibi que por caussa de aberse juntado por via de cassamiento algunas cassas de mayorasgos, de grandes y caballeros principales, la memoria de los dichos mayorasgos, y la fama dellos, sea diminuido.* Y assi hablando en este caso limitado deue tener limitado effecto su dispoficiõ, l. non omnis ff. si certum petatur l. in agris ff. de acquir. rer. dona. Thom. Sanch. lib. 3. disp. 15. num. 15.

Præcipitur etiam per d. l. 7. *Ibi*, que sea la vna dellas de valor de dos quentos de renta, ò dende arriua, el hijo mayor que en las dichas dos cassas, assi juntas por cassamiento podia succeder succeda solamente en vno de los tales mayorasgos. ex quo infertur, que aun en este caso, si montare la rẽta del vno de los mayorasgos, menos de dos quentos podra tenerlos ambos, estos dos quentos mõtan siete mill trecientos y cinquenta y tres pessos poco mas ò menos, y segun se acostumbra, se computan triplicadamente los derechos y gastos de España en esta tierra, demanera que para que en ella proceda la dicha ley, à de rentar vno de los mayorasgos de Indias eso, que triplicado es veinte y dos mill y cinquenta y nueue pessos. sed sic est, que adiudicandole al successor los cinco mill y tãtos pessos de la renta del ingenio (pagados los alimentos á sus hermanos) y los tres mill pessos de la renta de las

cassas

cedenti en los primogenios; pero no en la mejora de don Francisco, en que se deue guardar la forma de la ley 27. de Toro prefiriédo los varones descendientes à las hembras, & sic illigitur etiam Matien. ind. l. 5. glos. 6. num. 1. Aceu. num. 6. Cobar. lib. 3. Var. cap. 3. num. 8. & Greg. in l. 8. tt. 4. p. 6. glos. 3. inf. & in l. 12. tt. 1. p. 2. q. 1. & seqq. & q. 27. glos. 27. fol. 46. verbo; si dexasse hijo, ait succederet, etiã si Pater viueret, & nõ acceptasset, vel ob aliã caussam, facit l. qui in aliena § interdum ff. de acquir. hæred. l. Titio vssus fractus ff. de cõdit. & demostrat. l. Seya ff. de donat. Molina de primog. lib. 3. cap. 5. num. 14. cap. 6. num. 36. cap. 7. num. 4. limita la regla de que el hijo no pueda representar al Padre exclusso, vt procedat, quando pater fuit exclussus à tempore natiuitatis, ita vt nullo tempore, nec ius, nec spem primogenituræ habere potuerit, Castillo controuers. lib. 3. cap. 15. num. 7. & seqq. & num. 77. Bart. in l. 1. § sisit nepos ff. de collat. dot. & in l. 1. § sisit filius ff. de coniung. cum emancip. liber. Bald. in l. si auia in 4. opposit. C. de liber. præter. Socinus Iun. cons. 2. num. 20. & seqq. ait, quod quando quis voccatur ex persona propria, inhabilitas eius, quem non repræsentat, nõ impedit, quin nepos admittatur; pues aunque estuuiera exclusso don Francisco, son llamados por si sus descendientes, y no tienẽ necescidad de su representacion; quanto mas que doña Ana pretende se declare aber succedido al ingenio, y supuesto que la mejora de las dichas cassas q̃ se le hizo en el tercio y quinto facultate l. 2. 3. & 4. lib. 5. tt. 6. se pudo hazer solo inter liberos, no admite en ella à doña Ana, que es transuersal ni se les puede quitar ni tiene lugar asta que se acaue la linea dellos, Casti. d. cap. 15. num. 78. Molin. cap. 6. num. 30. & 31. Y que los Nietos en las succesiones an de preferir á los Tios, defienden fuertemente cum Tiraquel. & alijs Aceuedo in 5. l. 5. tt. 7. num. 3. & 12. Cobar. pract. cap. 38. num. 6. 7. & 9. & lib. 3. cap. 5. num. 8. y el varõ à la hembra, aunq̃ sea mayor, Aceued. in l. 7. in fine lib. 5. tt. 7. Gregor. in l. 2. tt. 15. p. 2. glos. 27. q̃ el Nieto prefiere à la tia, l. 3. tt. 13. p. 6. glo. 1.

37 Y ora estuuiesse exclusso, ora no, don Francisco de la succesion del ingenio, no por esso esta admitida doña Ana, sino los Nietos, que de mano de sus Abuelos reciuieron la donaciõ del, y la mejora de la Puebla, que siendo todo hecho de vna mesma hazienda, à los demas hermanos no se deue mas que pagar alimentos, y dotes, como se dispuso en la institucion del mayorasgo del ingenio, y esta fecho, y solo se instituyo en el primogenito con la licencia Real dada para hazerle en qualquiera de los hijos: pero la de las cassas fue mejora fecha inter liberos, & ne potes. & de eorum legitima, y ellos succedẽ ex propia persona absque respectu Patris, excluyendo à doña Ana, q̃ no es llamada, sino por su falta l. si arrogator ff. de adoption l. vnum ex familia § sed si vno ff. de leg. 2. l. cohæredibus ff. de vulg. & pupil. Greg. ind. l. 2. glos. 27. fol. 46. & in l. 4. tt. 15. p. 2. Cob. d. lib. 3. cap. 15. nu. 8. Spino. de testam. glos. 19. num. 63. Alter. Molina de Inst. tract. 2. disp. 577. num. 11. & num. 67. Cast. ind. l. 45. Tauri. nu. 5. Palac. ibidẽ quod primo instituenti succeditur, Tellus Fern. ind. l. 27. Taur. vbi supra verba illa; si el Padre fuere exclusso passe á los agnatos, intelligit, si alienans liberos non habuerit, sequitur Gratus cons. 2. volum. 1. num. 14. Afflict. cap. 1. in § hoc quoq̃ num. 17. de succes. fæud. Præposit. in cap. 1. de fæud. March. vers. & tunc, que se puede adaptar puntualmente à la intelligẽcia de nuestro caso, Cast. vbi supra, lib. 3. cap. 15. num. 7.

&

& seqq. & num. 77. quod exclussa vna persona vel succedere prohibita, eius descendentes ab institutoribus voccati propio iure succedunt.

38 Y caso negado, que se confesasse, q̃ á la persona de don Francisco se le pusso la dicha condicion, y pena de dexar las cassas á doña Ana, y que la deuiesse cumplir; no acquiria derecho la susodicha ni les podia perjudicar á los descẽdientes, Nietos de los fundadores, aquienes puramẽte se hizieron las dichas donaciones sin pena ni grauamen alguno, que no se repitio en su llamamiento y asi no passa à ellos ex tx. eleganti in l. sub conditione ff. de hæredibus instit. *Ibi sub conditione hærede instituto, si substituamus, nisi eandem conditionem repetamus, pure eum hæredem esse intelligamus.* & ibi Bart. Angel. Immol. facit l. 12. tt. 4. p. 5. tx. est in l. 1. ff. de constitut. Princip. *Ibi plane ex his quædam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur, namquæ Princeps alicui ob mærita indulsit, vel siquam pænam irrogauit, vel sicui sine exemplo subvenit personam nõ ægreditur.* Y siendo odiosso, y penal cõtra descẽdẽtes viros primo nominatos, se deue restringir ex l. nominatim, & l. cum quidam ff. de liber. & posthum. cap. odia de Reg. iur. neque cassus hi pænales (cũ stricti iuris sint) recipiũt interpratationem extensibam, Bald. in l. cumproponas num. 23. C. de hæred. instit. arg. l. in testamento la 1. & l. multa ff. de condit. & demostrat. y no perjudica lo q̃ no esta expresso l. non nunquam inf. ff. de condit. & demostr. immo concessum videtur quod non est prohibitum, glos. cap. ad quæstiones de rer. per mutat. Y si obiera sido su voluntad comprehender los Nietos en el dicho grauamen, y condicion, lo obieran expressado los instituidores, l. vna § sin autem C. de caduc. tollend.

39 De que se infiere que don Francisco no puede preiudicar á sus descendiẽtes hijo, y nieto que tiene legitimos, ni dexando las cassas á doña Ana; ni renunciando el derecho q̃ tiene á la succesion del ingenio; y por defecto del dicho don Francisco, como immediatos succederiã en la dicha mejora, y mayorasgo, etiã si renũciasset iuri personali, vt pòt ex l. siquis inconscriuendo C. de Episcop. & Cleric. non tamen in præiuditium descendentium filiorum, Burg. de Paz in l. 3. Tauri. 1. p. cap. 7. nu. 917. Trintacinq. var. resol. de iure Emphit. num. 4. quia eorum, & non Patris cõtemplatione donationes factæ sunt; secus vero quando Patri, & non Filij; Burg. in proæmio legum Tauri num. 93. fol. 15. Spino. de testam. glos. 19. num. 62. Albarado de conject. men. cap. 3. § 1. lib. 2. num. 3. & 19. fol. 84. & 86. quod si successor repudiauerit maioriam poterit filius adire, Cast. ind. l. 45. Tauri nu. 5. & subrogatus admittitur, nollente acceptare vel repudiare instituto intra tempus legis l. 1. tt. 4. lib. 5. recopil. & nõ antea ex l. quãdiu ff. de acquir. hæred. l. isqui hæres § siquis dubitet ff. eodẽ.

Luego si los descendientes de don Francisco, don Diego, y don Bernaue, ande preferir à doña Ana, como primero llamados al ingenio; y aunque renunciara su personal derecho, no podia preiudicarles, exclussa queda totalmente de succeder en el.

QVINTA DVBITATIO QVE POR HABER CONCEDIDO ELECCION Á DOÑA ANA, Y SUS DESCENDIENTES, ES VISTO NEGARLA À DON FRANCISCO, Y LOS SUYOS.

40 Quia expræsio vnius est negatio alterius, quod procedit quando interrogatio præcesit, & diuersa illata sunt, vt in cap. nonne de præsumptionibus, & ibi

ibi glos. y eso mesmo concede la elección, secus est in materia filiorum circa quam, cum maxima versetur similitudo, in faborabilibus quod vni conceditur alijs concessum vr. ex veri similitudine, & æqualitat. arg. l. maximũ vitium C. de liber. præter. indefinitaque æquipollet vniuersali l. siquis ita inprinc. ff. de testam. tutela l. nominatim. 2. & ibi glos. ff. de liber. & posth. y no obsta dezir que el hijo, pars est quædam sui Patris, ex l. fin. C. de impuber. y que sera lo mesmo que tener dos quedarse don Francisco en las cassas, y dexar el ingenio para que succeda en el don Sebastian su hijo, y que asi no le dexaron eleccion. A que esta respondido en la duda 4. y no solo no es reprehensible, pero loable y verisimil segun derecho, y la voluntad de los instituidores, que prefieran los hijos, y nietos à doña Ana, vt probatur num. 33. & 37. pues expressa, y puramente los llamaron á ambos mayorasgos primero; y si por su falta, llegando el caso de la susodicha le dieron eleccion, y á sus descendientes; si esto es faborable, absurdo es negarla á don Francisco primero llamado descẽdiente, y varon; y dar eleccion à doña Ana fue prohibirle que no tuuiesse los dos mayorasgos; y no darla asi expressamente à don Francisco, fue supponer que podia tenerlos; y no abiendoselo prohibido, es visto aberselo concedido todo, l. nec non § quod eis ff. exqq. caus. maior.

41 Por que la razon de mayor amor se considera ex gradus proximitate; & personæ remotioris gradus melioris conditionis esse non possunt, quam hiqui inproximiori gradu sunt; cum primo nominatus plus diligatur à testatore, quam secũdo nominatus Cobar. pract. cap. 38. nu. 11. 12. y 13. l. viua matre C. de bonis mat. l. Publius Mæuius § 1. ff. de condit. & demostr. Castillo controu. 1. p. lib. 4. de coniect. volunt. cap. 36. nnm. 59. & 60. Mol. lib. 3. cap. 5. num. 52. & 53. & si ius inprimis descendentibus statutum atque concessum in vlterioribus intelligitur, vtait Cast. num. 61. Gama decis. 206. nu. 8. & 9. Menoch. cons. 158. num. 8. lib. 2. & electionẽ primo voccato cõcessam ex subiecta materia perpetuitatis ad vlteriores expendunt Anchar. cons. 27. num. 7. vers. cum ergo legatum; por que no entenderemos, siendo tan grande la semejança, y mayor la aficion a don Francisco como primero nombrado, que se le concedio la eleccion? cum à maioritate rationis quede prouado el argumento, pues auiendosele concedido à don Francisco el llamamiẽto primero que a D. Ana, y la succession de ambos mayorasgos, es visto cõcederle lo menos, que es elegir. Alberic. destat. p. 2. q. 156. num. 9. in Brocard. num. 26. t. 18. fol. 512.

42 Y aunque lo expresassen no podian quitarle la eleccion en concurrencia de dos derechos, siendo asi que se viene à reducir â su voluntad la acceptacion, ò adicion como se prouò en el nu. 31. & ex l. Papinianus ff. de in offic. testam. *§ siquis autem, & irritum dicat testamentum, vel ruptum conditio ei deferri debet, vtrum prius mouere velit*, y la glossa dize, idest electio in verbo cõditio, & verbo mouere, omnibus enim in simul nõ potest l. nemo exijs § quoties ff. de reg. iur. & quando contraria coniũguntur vel sunt incompatibilia, (si lo son como dize doña Ana,) y necesse. est veum eligendum & aliud reijciendũ l. 1. vbi Baldus salicet. & cæteri Ds. C. de furtis. y aqui no ay concurso de dos, sino derecho acquirido en las cassas, y delacion del ingenio, y para renũciarle se deue mejor conceder election, pues en lo no acquirido, y que es prohibido se cõcede ind. l. 7. lib. 5. tt. 7. *Ibi succeda en vno de los tales mayorasgos qual el quisiere escoger*: (præd. leg. interpratatissimus supra nu. 35. pro D. Francis.) & eleicto vnius

ex

ex contrarijs impedit natiuitatem alterius, vt ind. l. 1. & in l. qui seruum C. de action. & oblig. Moli. de primog. lib. 2. cap. 14. num. 27. y concurriẽdo en vn hijo los derechos de heredero, y mejorado; esta en su eleccion repudiar la herencia, y acceptar la mejora, ex l. 3. tt. 8. lib. 5. recopil. & quando electio relinquitur potest etiã fieri post annum & viginti menses, Castillo cõtrouers. 1. p. de coniect. vol. test. cap. 37. lib. 4. num. 11. 12. & 54. & cap. 36. num. 14. l. 33. tauri l. 2. tt. 9. p. 6. & ibi Grego. verbo del año l. 8. tt. 4. lib. 5. compilat. & ne mutatio voluntatis inducatur actûs potius debet interpretari pro executione voluntatis præcedentis, quam quod sit noba dispositio, & quominus successorem lædere posit, & vna pars testament. declarat aliam l. qui filiabus l. si seruus plurium ff. delegat. 1. Caualcan. de vsufr. num. 107. fol. 286. Molin. supra lib. 2. cap. 14. num. 30. inf. & lib. 3. cap. 5. num. 51. Y pudiendo don Francisco, vt probatur num. 35. tener los dos mayorasgos, mejor elegir, ascender al ingenio, ò dexar las cassas.

43 Francisco Fernandez murio en el ingenio á pocos dias de la fecha de la escriptura de su instituicion, en mayorasgo; y nunca despues boluio á la Ciudad de la Puebla, con lo qual estan cõuencidos los testigos, que dizen aberle oydo en ella, que dexaua eleccion à doña Ana, y no á don Francisco; demas de que quando fuera asi importaua poco, sola su voluntad pues deuiò tambien concurrir, y no concurrio, la de la dicha doña Maria su muger, de cuyos bienes asi mesmo se fundo el dicho mayorasgo, y en vna claussula del expressaron, que faltando el vno, no pudiera el otro alterar cossa alguna de lo contenido en la dicha instituicion; & corelatiborum eadẽ est ratio; como lo son marido, y muger, & dispositum in vno censetur dispositum in alio, auiendo como ay la mesma razon, Matien. in 5. l. 6. tt. 10. glos. 4. num. 1. & quod ad esse deberet pro sua parte vxoris consensus Burgos de Paz in l. 3. tauri num. 4216. fol. 337. Tiraquel. tractatu primog. 68. q. 408. ad fin.

Luego no se á de negar la elecciõ à D. Francisco, en ascender al ingenio, ò dexar las cassas, pues fue llamado para todo.

SEXTA DVBITATIO, D. DIEGO DIZE, QVE SE LE deuen dar los tres mill pessos, que se dexaron à cada hermano de las rentas del ingenio de alimentos; y D. Francisco pide se raten conforme à la diminucion dellas, y que sino le elixiere, se le an de dar á el tãbiẽ como à los demas hermanos.

44 Al tiempo que instituieron los dichos fundadores el mayorasgo del ingenio, (que à mas de veinte y quatro años;) supponiendo como expressarõ en la dicha escriptura, que valia de principal mas de ochociẽtos mill pessos, y que les rentaua quarenta mill al año dando de los frutos para sus dotes á D. Ana, y D. Catalina sus hijas, á mas de ochenta mill pessos, adiudicarõ al successor del dicho mayorasgo, (q̃ el primogenito era D. Andres difunto q̃ aun no llego á heredar) quarenta mill pessos de renta; con grauamen de que dellos diesse para sus alimẽtos seis mill pessos al año á don Diego, y don Bernaue sus hermanos, y veinte mill en reales de por si; sin dexar por esta razon de instituciõ ò alimentos nada á don Francisco segundo genito; el qual poseyá antes por titulo de mejora de tercio y quinto las cassas de la Puebla, que valdriã otros setenta mill pessos poco mas ò menos.

45 D. Diego fundado en la dicha escriptura, aunque auia pedido, que se declarasse

clarasse por successor del ingenio (por que don Francisco se estaua poseyédo las cassas de la Puebla, y que era llamado à el) pidio, q̃ le pagasse los dichos tres mill pessos, suplicò don Francisco de haberse mandado dar toda la cantidad, diziendo que se deuian ratar por que quando viniesse à succeder en el, agregandole los tres mill pessos de la renta de las cassas, no le venia à quedar los treinta y quatro mill, q̃ sus Padres le auian aplicado de la dicha renta al año; respecto de la grande diminucion della por las caussas que expressò prouaria; tanto q̃ oy solo renta siete ù ocho mill pessos, y esta cargado demas de nobéta mill de mádas, y deudas de los instituidores, aviò, y seruicio personal del dicho ingenio; y que si se obiessen de dar à los dos hermanos los seis mill pessos de alimentos quedaria al successor solo mill pessos de renta con la obligacion y trabajo de administrarle, y viuir en el campo, (que es el salario de vn mayordomo,) y seria como su criado, y de peor cõdicion, y que asi proporcionadamente se deuia hazer la rata, y conforme á la consideracion, y aplicacion de los dichos sus Padres, adjudicando de los siete mill pessos cinco mill nouecientos y cinquenta pessos al successor, y quinientos y veinte y cinco pessos à cada vno de los dichos D. Diego, y don Bernaue; trayendo tambien à particion los ciento y sesenta mill pessos, que an receuido D. Ana, y doña Catalina, y entrando don Francisco con la mejora irreuocable de las dichas cassas; que no seria razon le prefiriessen sus hermanos, y lleuassen mas parte. arg. tx. in l. Marcelus ff. ad S. C. Trebel. *Ibi nam iniquissimum est plus ferre legatarium*; teniendo obligacion á pagarle la mejora en los mesmos bienes señalados ex l. 4. lib. 5. tt. 6.

46 Y en la computacion de los dichos bienes, se deue à entender no el tiépo de la institucion del mayorasgo; sino el de la muerte de la dicha doña Maria, vltima fundadora, que fue el año passado, y el presente. Mati. in l. 7. lib. 5. tt. 6. glos. 1. & 2. Castillo controuers. 3. t. lib. 3. cap. 15. nu. 16. Alter Cast. in l. 15. tauri num. 4. Aceuedo in 5. tt. 6. l. 3. de las mejoras, quæ est Tauri 19. num. 22. Palaez de maioratu 1. p. q. 24. ad l. 45. tauri nu. 26. & 29. Cifuentes in l. 23. tauri. Tellus á num. 3. & in l. 25. num. 15. cum seqq. & licet per legem 29. tauri filia posset eligere tempus datæ dotis vel mortis Patris, & per l. 9. lib. 5. tt. 6. no se saca la mejora de las dotes, hoc intelligit dum modo non tendat in graue præiuditiũ filiorum cæterorum, como lo es de D. Francisco, que les à de preferir con su mejora en el tercio y quinto, y ygualadas las legitimas porciones, alimentos, ò dotes. ex l. 10. lib. 5. tt. 6. vt per totũ C. de in officios dot. l. 23. tauri quæ è hodie l. 7. tt. 6. lib. 5. compilat. l. 3. tt. 8. lib. 5. Cobar. lib. 1. variar. cap. 19. à num. 2. cum seqq. & in c. Rainald. § 2. num. 8. de testam. y Molina de primog. lib. 2. cap. 15. num. 39. & 34. & lib. 4. cap. 2. num. 82. dize que se deuen ratar los alimentos, y dotes, y aun reuocarse el mayorasgo por la diminucion considerado lo que dexarõ los fundadores al tiempo de su muerte, que es desde quando entra el successor. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. 5. num. 20. ait quod quando lis est inter fratres, cum par vtriusque versetur fabor, ratio facit, vt sequamur potissimum statum illum, inquo erant bona tempore quo vltimus posessor fati munus impleuit Greg. in l. 2. tt. 15. p. 2. glos. 19. l. 2. tt. 19. p. 4. *Ibi segun la riqueza, y poder que obiere*. Aluar. de coniect. ment. lib. 2. cap. 2. § 1. num. 81. & 83. Bald. in l. 1. § de officio ff. de tutel. & ratioc. distr. Aluar. supra de

con-

conie&#x1f;t. ment. lib. 2: cap. 2. num.37. ait quod si aliqua res pereat, onus illud eo respectu minui debet l. si contra 35. ff. de vulg. quam de cis. Corroborat, & restringit Albericus Brunus tract. de augmento, & diminutione fol. 14. col. 1. cum 2. seqq. vers. 13. conclusio, & 14. & Dueñas in reg. 184. & 178. & si donatio à Patre minuitur, onus ei iniunctum minui debet. Greg. in l. 37. tt. 9. p. 6. glos. 1. inf. remittit ad l. Plautius ff. de condition. & demostrat. *Ibi quanto minus hæres tibi præstiterit, tanto minus te Titio præstare* glos. verbo tāto Bart. ibi col. 2. num. 1. & in l. qui hæredi 44. ff. eodem, Aceuedo in 5. l. 3. tt. 6. quæ ē tauri 19. num. 24. quod si bona diminuuntur diminuitur melioratio; proporcionadamente.

Luego cōsiderando el tiempo de la muerte de la dicha fundadora conforme a los siete mill pessos, que rentaua entōces el ingenio; se à de hazer la rata de alimentos, y dotes.

47 Y si los instituidores, (que segun su animo, y voluntad, de los quarēta mill pessos, que al tiempo de la institucion rentaua el ingenio cada año; adjudicarō los treinta y quatro mill al successor, y seis mill á los dos hermanos,) entendieran que auia de venir à tan grande diminucion; con la mesma diuisiō y proporcion, agregando al ingenio los tres mill pessos de renta de las cassas; sin duda le adjudicarian de los siete mill pessos, los cinco mill nouecientos y cinquenta pessos, al successor; y los mill y cinquenta pessos que restan á sus hermanos; lo qual es verisimil segun esta razon vnica, expressa, y final, ser esta su voluntad, y que si fuessen preguntados assi lo dispōdrian, y se deue declarar. ex his quæ adducit Anton Gomez ind. l. 45. tauri num. 17. & 117. & 1. tomo var. cap. 3. num. 10. fol. 16. colu. 1. illat. 4. l. siquis autem susceperit ff. ad S. C. Trebel. l. si extraneus 6. ff. de cond. caus. dat. l. tale pactum 41. § fin. ff. de pact. l. si vnquam cap. de renoc. donat. l. cum auus. 101. ff. de condit. & demost. l. cum deuotissimi 30. C. de fidei commis. l. generaliter § fin. C. de institut. & substit. l. Pactuleius fin. ff. de hæred. instit. l. quæro § inter locatorem ff. locati. l. 10. tt. 4. p. 6.

48 Su Magestad en la licencia, que dio á los dichos fundadores del mayorasgo del ingenio, manda que á todos los demas hermanos del successor del; se le señalen alimentos, y dotes; esto guardarō con los quatro referidos, y á ese titulo loco institutionis, se los dexaron (omitiendo à don Francisco, en vida del primogenito don Andres, sin asignarle los dichos tres mill pessos de alimentos, que á los demas.) Y despues llegando el caso de que D. Ana, ò D. Catalina viniessen, â succeder en el ingenio, dexan á cada vna con los ochēta mill pessos, que auian receuido para sus dotes, sin ponerles cōdicion, ni grauamen debiendose igualar, y no es verisimil quisiessen, que las hembras prefiriessen á don Francisco en esto; auiēdole llamado, á ambos mayorasgos, en primero lugar, ni agrauiarle quitandole los dichos alimentos deuidos como legitima, y reuocādo la donaciō y mejora fecha en el de las dichas cassas para q̄ succediesse D. Ana en ellas, quedandose tābien con los ochēta mill pessos, que à receuido de dote, y donaciones, quod quidem est alienum á ratione, & à mente testator. vt probatur nmm. 32. y absurdo, y contrariedad notable, & intellectus ex quo hæc sequitur contrarietas abijciendus est. Abb. in cap. maiores § sed ad huc de bapt. cap. solicitudinem de appellationibus l. vbi repugnantia ff. de reg. iur. & æquitati & rationi consonum est, (aun igualando

lando las hembras con los varones) que de la manera que doña Ana, y doña Catalina, viniendo á succeder en el ingenio, se quedan con los ochenta mill pessos, que à lleuado cada vna de la hazienda de sus Padres, asi don Francisco, se quede con la renta de las cassas, succediẽdo en el; y sino que se le den los tres mill pessos de alimentos, ò lo que se ratare de sus rentas como à los demas hermanos, reduciẽdo á la legitima las dichas dotes in officiossas. faciunt notata à Gregorio in l. 8. tt. 4. p. 5. glos. 3. inf. & glos. 4. *Ibi puedanla reuocar los fixos, hasta en la quantia de su parte legitima*, y don Francisco traera à comparticion la suya.

49 Tambiẽ es forçosso succeda como mejorado en tercio y quinto en la asignacion de las cassas, pues lo pudo ser segun la ley 9. 10. y 12. tt. 6. lib. 5. l. 17. tauri l. 9. tt. 5. lib. 3. fori, & relata á Gregorio in l. 3. tt. 4. p. 5. glos. 1. 2. & 3. y quando sus Padres no se las vuieran entregado por contrato entre viuos; se las debian restituir sus hermanos, por via de prelegado. Anton Gomez in l. 24. tauri num. 4. y á esta mejora, que fue antecedente no puede perjudicar la posterior donacion del ingenio, y de las otras fechas à sus hermanas; pues no pueden mandar mas de vn quinto ex l. 9. y 12. lib. 5. tt. 6. y conforme à la ley 18. de Toro, quæ est l. 2. lib. 5. tt. 6. *Ibi puedan si quisieren hazer el tercio de mejora, a sus hijos, ò aqualquiera de sus nietos, ò descendientes legitimos*. & in l. 3. quæ est 19. Tauri. *Ibi puedan señalar en cierta cosa, el tercio y quinto de mejora, en que lo aya el hijo, ò hijos, ò nietos, que ellos mejoraren.* Igitur necessario sequitur, que siendo como es doña Ana transuersal, respecto de los nietos, no puede succeder en la mejora fecha en las dichas cassas, ni quitarles su legitima estando ya por su Padre don Francisco, acquirido el dominio, y posesion della. Mati. ind. l. 2. lib. 5. tt. 6. glos. 3. num. 2. & in l. 1. glos. 1. num. 1. & in l. 10. lib. 5. tt. 6. *Ibi para que à el ni â otro no pueda mejorar mas.* & in l. 6. eodem tt. aun sino cumplen los Padres la promessa de mejorar despues de sus vidas queda fecha la mejora, y para hazerla en don Francisco, no fue menester licencia Real, ni por la que se obtuuo despues para instituir el ingenio, ni por los susodichos se reuocò, antes se confirmò de nueuo en la escriptura del, y lo quedò por su muerte, y en ninguna manera perjudicado don Francisco por ella en la mejora de las dichas cassas.

50 A que se añade, que don Francisco es el primero llamado à la succesion del ingenio, immediato à la muerte de su vltima fundadora, de cuya mano vendria à reciuirle si quisiesse. y auiendose instituydo de toda la herencia, y confirmado en el la mejora antecedente; non solum iure hereditario verum etiam sanguinis succedit, & capit maioratum tanquam hæreditatis portionem, y como mejorado por sus Padres; y reseruando à los demas hermanos los alimentos, y dotes deuidos, cumple con lo que manda su Magestad en su Real licencia, y succede legitimamente en la demas herencia de que se compuso el dicho mayorasgo del ingenio, y aun no pudiera en este caso repudiarla. vt traddit Molina lib. 1. cap. 8. a num. 12. ad 14. sino succeder en todo.

51 Y no obsta dezir, que don Francisco tenia ya con que sustentarse en la rẽta de las cassas en que fue mejorado; y que asi quando no succediesse en el ingenio, no deuierõ sus Padres asignarle los tres mil pessos de alimentos, como a los demas hermanos: por que aun que los hijos sean muy ricos, no por eso se escussan los Padres de pagarles la deuda dellos; ni en esto puede dis-

pensar el Principe, ni sus consejeros, ni los instituidores hazerlo en conciencia, como expressamente lo defiende Molina. lib. 2. cap. 1. num. 24. & Latius cap. 15. num. 6. & 7. pues succeden en lugar de la legitima, y esta es deuida jure naturæ, y no se le puede poner grauamen, ni condicion en ella (quando se quiera dezir, que loco legitimæ se hizo la dicha donacion, que no ay tal) l. quoniam inprioribus C. de in officios testam. cap. licet vniuersis de voto cum vulgatis. Mol. supra num. 24. Y necessariamente por no aber donado las cassas á don Francisco, á esse titulo, ni expressadolo, sino antes por via de mejora en el tercio y quinto de bienes, (que cupo baltantemẽte defalcadas á parte las porciones viriles del, y sus hermanos) no es visto aberselas dado á titulo de legitima; ni aber cumplido con la obligació de pagarla, vt Moll. supra num. 22. lo da á entender, y Iullio Claro lib. 3. sentent. q. 38. num. 10. y 11. y que aunque diga dexo á mi hijo ciento, non videtur reliquisse titulo institutionis, nam verbum relinquo adiectum certæ rei, nunquam trahitur ad institutionem, hoc est legitimæ vel alimentorum debitam præstationem. Y en el lib. 7. dize, que esta es comun opinion; y Matien. in l. 5. tt. 6. glos. 4. nu. 2. ait quod melioratio non est institutio; arg. tx. in l. non amplius § cum bonorum ff. deleg. 1. l. quoties C. famil. Hercisc. l. ad offitiũ C. cóm. diuid.

Luego à don Francisco, se le an de pagar los alimẽtos, como à los demas hermanos, sino succede en el ingenio; y si succede, no quitarle las cassas en q̃ á de preferir como mejorado.

52 Lo qual se confirma con que el fundamento principal de la dicha licencia Real, razon impulsiba, vnica y final de los instituidores, es conseruar sus bienes y memoria en vn successor, que por aberse diuidido la renta de las cassas, á ydo à menos por falta de abio, que con ella se haria, escussando las muchas deudas que para el se an contraydo. Y en el proœmio de la institucion del dicho mayorasgo del ingenio la expressaron. *Ibi sinque caygã sus caßas y nombre; pues siempre queda en ellas successor del linage, que representa y tiene enpie, y en buena memoria sus primeros fundadores: atento à lo qual y considerãdo, que las cassas, y bienes diuididos, y partidos, en breue termino se pierden y consumen, y falta su memoria; y quedando juntas, y enteras, permanece, y van en augmento para mejor seruir à Dios, y á su Rey, de que an resultado grandes vtilidades &c.* diuidir las cassas del ingenio seria contrario à este fin, y voluntad expressada. y quando estubiessen obscuras las palabras se deuian interpretar segun el, y las vtilidades que resultan, en orden á la vnion y conseruacion de los bienes en vn successor, cap. intelligẽtia. cap. propterea de verb. sig. *Ibi si prolixã Epistolã meam ad interpretandum, accipere fortaße contigerit, rogo non verbum, ex verbo, sed sensum exsensu transferri, quia plerumque, dum propietas verborũ attenditur, sensus veritatis amittitur* l. labeo ff. de supel. leg. Y segun esta volũtad, se an de entendrr qualesquier dudas, y contrariedad q̃ paresca en las demas palabras, sin torcerlas al contrario sentido, y absurdo, como lo seria dar á las hembras los ochenta mill pessos, (que de porsi reciuierõ,) y la succesion de vno de los mayorasgos, y quitar á don Francisco la renta de las cassas, que móta menos ò la del ingenio; verba enim prædicta in initio dispositionis posita intelligũtur insequentibus repetita, & ad omnia sequentia referuntur, & abeis nõ est recendum ex Vgollino in tract. Bull. cænæ fol. 367. Ias. in l. & si pepercerit § filius num. 20. ff. de liber, & posth. Cast. contr. t. 3. lib. 3. cap. 15. nu. 19.

Gomez

Gomez ind. l. 45. taur. num. 117. l. non aliter ff. de leg. 3. y no ade preferir la ambicion de doña Ana (que siendo hèbra sea lleuado mas de ochenta mill pessos) ni su particular, á la mejora antecedente, y juridica de don Francisco y vtilidad publica, que se sigue de la conseruació de la memoria y bienes del instituidor, en vn successor, queriendo en concurso de succesion tenella, y quedarse con lo receuido, y quitar las cassas a don Francisco, si viniere a succeder al ingenio, por el encuentro que parece tienen las mesmas claussulas; debiendosse entéder segun lo referido arriua, pues la mayor vtilidad excluye la prohibicion aunque la obiera. cap. mutationes cap. scias 7. q. 1. Bart. in l. siquis ingraui num. 4. ff. ad Silan. l. vtilitas C. de Primipil. lib. 12. Rebuf. de præuil. Scholar. § octauum, fol. 479.

53 Y quando no estuuiera expressada la voluntad, supuesto que de las rentas del ingenio, en su opulécia antigua se saco el dinero para comprar las cassas, diminuyendosse, se le deuia acrecer, y agregar, reduciendola á su vnió, y aplicandola á don Francisco por falta de su hermano don Andres. arg. tx. in l. vnica C. de caduc. Tolend. *Ibi propter vnitatem sermonis, quasi in vnum corpus redacti.* sicut naturaliter euenit, quod si vnius occuli pupilla clauditur, alterius occuli pupilla dilatatur ad similitudinem allunionis, cuius augmentũ ad proximiores agros expectat, ita etiam succesio superueniés, vel portio hæc proximioribus descendentibus filijs D. Franc. (qui maiorem quam fæminæ habent cum institutoribus coniunctionem) acrescat. l. si Titio ff. de vsufr. § præterea inst. de rer. diuis. l. adeo § præterea ff. de acquir. rer. dom. facit § cæterũ, in auth. vt cum de appel. cogn. coll. 8. & l. omnimodo C. de in offi. test. Minchaca de succes. creat. tt. de tac. subst. lib. 3. in prio, num. 10. 13. y 21. quia res de facili reuertitur ad suam naturam, & originé ea etiam pars pecuniæ (qua emptæ domus fuerunt) facile ad suum totum reuertatur, arg. l. si vnus § pactus, nepeteret ff. de pactis. pues faltandole no podia quedar perfecta la vnion y conseruacion desseada debiendo concurrir todas las partes de la hazienda. l. 1. ff. de reg. iur. y vendria a montar mas los alimentos que el principal, los hermanos ricos, y el successor pobre y desauthoriçado, â que no se deue dar lugar.

Luego deue agregarse la renta de las cassas al ingenio para su mejora, avio, y conseruacion.

54 Y aunque en el interin que se determina sobre las dudas de la dicha diminucion, y eleccion, y se declara qual es verdadero successor del ingenio, don Francisco deuia ser amparado en la administració posession tal qual ò de tentació del, vtait Villa Diego in polit. forma delibelar nu. 153. fol. 256. Palac. in l. 45. tauri num. 16. Gomez ibidem num. 125. Bald. in cap. 1. de sequestr. poses. & fruct. num. 9. Molina lib. 3. cap. 13. num. 71. Mieres de maiorat. 3. p. q. 22. para que se entienda la justificacion de su proceder, y se liquide lo que réta al año el dicho ingenio, à pedido se notifique á sus hermanos nombren administrador, que siendo abonado, esta presto de aprouarle, y no lo an hecho y primero, y ante todas cossas (supuesto que es lo mas principal, y qualidad precissa enque consiste la deliberacion; vt probaui num. 3.) deue constar de la minoracion, y rata de los dichos alimentos. Y no obsta dezir. Parladorio in lib. 2. rerum quot. cap. 5. num. 24. que la collacion de los bienes toca al juizio ordinario, y que este no deue impedir la execucion de el

pose-

posessorio, ni dilatar la posesion al successor: por que como solo mira al fauor del llamado, puede renunciarle como dize lo haze para intuirle mejor en lo que despues de liquidado elixira; que antes es grande la contrariedad, y perplexidad que tiene; y esta excepcion impide la dicha execucion, Caroc. de remed. contra præiudicial. excep. 152. Dec. & Feli. in cap. ex parte limitatione 9. de offic. deleg. Beroyus. in cap. cũ quis num. 31. de restitu. Spoliat Menoch. lib. 2. præsump. 48. num. 13. DDs. in l. duo judices ff. de reiudic. Y aun quando estuuiera conclusso el pleyto, poterat reuocari decretum conclusionis, quia est interlocutorium, & admitti. ex tali grauissima caussa alias probationes. Villa Diego in polit. cap. 1. fol. 13. num. 48. & fol. 53. nu. 294. cap. 3. in criminali. Y como dize Maranta ind. l. is potest. num. 53. ff. de acq. hær. por pedir se hagan las quentas para vistas deliberar, sobre la aceptacion, ò abstencion no es visto hazerla, pues todo depende de la declaracion del animo que ade concurrir con las palabras, explicatorias de la deliberacion. vtait num. 58. & 60. y lo que se salua con nombre de administrador no induce inmixtiõ Bart. in l. gerit col. 4. inf. ff. de acq. hæred. que aun que el pupillo, entre con el Tutor en la herencia, no es visto mesclarse, sino declara su animo. idem in l. 1. § fin. & in l. si curatoris C. de jure deliber, & si de additione non cõstat interrogabitur; luego esto ade ser juridicamente, y dandole el tiempo necessario para ello, y en que se liquide la dicha quenta, y minoraciõ, vt ff. & C. de iuredeliber. y à ninguna de las partes, puede estar mal se haga por esta Real Audiencia, cõ la entereça de justicia que se espera, y se acostumbra, y nada se les quita desta manera.

Luego primero se an de ratar los alimentos, que se declare sobre la eleccion.

55 Y quando todo lo referido no bastara para excluyr á la dicha doña Ana, y don Diego de las donaciones que pretenden; por auer sido in obedientes á los dichos sus Padres, y no cumplido su desseo y voluntad, y quebrantando su pracepto, mouido pleytos al dicho don Frãcisco, sin auerlos occasionado estan priuados dellas, como lo expressarõ en la dicha institucion. *Ibi con grauamen, que al que intentare, y pusiere el dicho pleyto, ò pleytos, por el mesmo caso sea excluydo del dicho mayorasgo, y su renta que el tuuiere, y pase al siguiente en grado*. Y que los Padres puedan poner los dichos grauamenes, y penas se dispone en la ley 44. de Toro; sino los obedecieren, y que incurren en ellas, patet ex l. vnica C. de his quæ pænæ nomine relinq. cap. Siluester 11. q. 1. cap. si hæredes de testam. & ibi Abb. l. 1. C. de institut. & subst. Castillo in l. 45. tauri num. 40. Palac. num. fin. Spino. de testam. glos. 28. á num. 55. cum seqq. Aut. de hæred. & falsid. § hæc quidem coll. 1. § pænæ quoque inst. de legat. Armilla verb. testam. num. 17. Y don Frãcisco no puede dexar de defenderse; ni es razon, quede con las cargas, y sus hermanos con las comodidades; sed qui sentit onus sentiat commodum, ex eo enim non debet quis fructũ cõsequi quod nissus extitit inpugnare extrit. reg. iuris, & agnouisse videntur grauamina imposita vt probaui num. 8. indicta institutionẽ; pidiẽdo en su virtud las dichas donaciones, y rentas; queriẽdo se les guardẽ en quãto à esto las claussulas dellas, y no obedecerlas en lo demas que se les impuso; y assi an incurrido en las dichas penas, & absurdum est licere idẽ partim comprobare juditium defuncti, & partim euertere l. nam absurdum ff. de bonis liber.

libertorum l. si ita stipulatio § fin. ff. eodem Minchaca de succesion. creat. de tacit. subst. lib. 3. in prio. num. 12.

Luego doña Ana, y D. Diego, por no auer guardado la voluntad de sus Padres, tiené perdidas las dichas donaciones.

RESOLVTIO DVBITATION.

56 Præsens discursus corroboratur ad interprætationé d. l. 45. tauri, y para prouar, que se le deue dar à don Francisco vn año de termino para deliberar sobre el cumplimiento del grauamen y condició puesta por sus Padres, y elejir lo que le conuenga, abiendose ratado los dichos alimentos. Filius de jure ciuili est hæres Patris suus, & necessarius, vt in § sui § sed his inst. de hæred. qualit. & diff. l. impuberibus l. isqui hæres ff. de acq. hæred. l. 1. § prætermittere ff. siquis omissa caus. test. ita vt dominium bonorum Patris continuetur in Filio, absque additione ipso jure, neque dicitur de nobo, acquiri l. in suis ff. de liber. & posth. l. in suis ff. de suis, & legit. hæred. & tamen la equidad del Pretor dio al hijo el derecho de la abstencion de la herencia, y deliberacion, y la ley Real 2. tt. 6. p. 6. vt ind. § sed his Bart. ind. l. in suis. Maranta ind. l. is potest num. 15. Bald. in l. potuit C. de juredeliber. q. 7. por que si tubiesse precissa obligacion de acceptar la herencia siendo cargossa le seria dañosso el nombre de hijo, y para que pueda aconsejarse sobre si lo es, ò no, se le da tiempo de vn año, ò el neccessario, vtait Gomez var. t. 1. cap. 9. num. 22. de transmis. & hæreditatis, & per totum ff. & C. de jure deliber. & C. si vt omissam hæredit. sed in delatione succesionis maioratus, milita la mesma razon, y dudas de pagas de deudas, y diminucion, & per d. l. 45. tauri, trásfertur ciuilis, & naturalis posesio; luego militando el mesmo derecho, se à de cóceder el dicho tiempo de vn año, para deliberar à don Francisco; siendo asi que se equiparan ambas succesiones, vt ait Matien. in 5. l. 8. tt. 7. glos. 2. num. 13.

57 La cósequencia se prueba ex l. si curatoris C. de juredeliber. *Ibi si legitima delata est succesio, hoc casu ei qui non repudiauit hæreditatem licet addire. Rector igitur Prouintiæ aditus, si hæreditati, nec dum sunt obligati eos an hæredes sint, interrogare debebit, ac si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuere,* & ex l. 2. tt. 6. p. 6. *Ibi vn año de plaço, puede el Rey dar à los herederos, en que se consejen si quisieren tomar la herencia, en que son establecidos ò no.* Y por todo el titulo, ff. de juredeliber. es arbitrario conforme á las circunstancias, y no las puede aber mayores, que en este caso: asi por la diminució grande de el ingenio, como por las deudas de mas de nouenta mill pessos, y mandas q̃ dexaron los instituidores. Y Molina de primog. lib. 2. cap. 14. num. 15. hablando en propios terminos dize, que dentro de vn año deue el succeessor del mayorasgo deliberar sobre el cumplimiento del grauamen, y en el num. 19. que à de ser amonestado por el juez, y que no puede restingir este termino, particularmente auiendose puesto pena tan graue como dexar las cassas, que poseè don Francisco, à doña Ana, auth. hoc amplius C. de fidei commis. *Ibi monitus à judice intra annum, non implet,* y la glos. verb. intra annum dize post ad monitioné judicis computandũ, & in verb. monitus bis velter, & ibi DDs.

58 De que se concluye deberse declarar; q̃ don Francisco, a de ser amparado en la retencion, y posesion juridica que tiene de las dichas cassas señaladas a titulo de mejora de tercio y quinto, y que puede juntamente succeder al

ingenio (si quisiere) dandole para deliberar sobre la eleccion, tiempo de vn año, y ratandose primero los dichos alimẽtos, segun la renta de lo que monto al de la muerte de la vltima fundadora; y sino quisiere elegir la succesion del dicho ingenio, pagarle de sus rentas igualmẽte la cota de alimentos, que se señalare á los demas hermanos, y que los descendientes del dicho D. Frãcisco, y dellos (como primero llamados al dicho ingenio) ande preferir en el á la dicha doña Ana, y que teniendolos como los tiene el susodicho, no á llegado el caso en que es llamada á las dichas cassas, por serlo ellos primero, y mejorados con el por sus abuelos, y aunque las renuncie, y elija el ingenio no les puede perjudicar, en lo vno, ni en lo otro, y siendo como son puramẽte, y primero llamados al dicho ingenio, y cassas, an de excluyr a doña Ana, su Tia, que abiendo receuido para su dote mas de ochenta mill pessos, deue restituyr lo inofficiosso y excescibo, y no tiene derecho para succeder al mayorasgo, ni à la mejora, y assi ade ser repelida su demanda; amparando á don Francisco en la posession de las dichas cassas. Quæ omnia (Clarissime senator) tuæ litteratissimæ integritati submittimus.

Doctor Pedro Mexia de Leon.